

UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO

Programa Oficial de Doctorado en Ciencias Jurídicas D16.56.1.21
Departamento de Derecho Administrativo



TESIS DOCTORAL

**SITUACIÓN Y REFORZAMIENTO DE LOS PRINCIPIOS DE
MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO**

Presentada por la doctoranda:

D^a. LUCÍA FERNÁNDEZ DELPUECH

Bajo la dirección de:

PROF. DR. D. MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA

Granada, noviembre de 2013

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Lucía Fernández Delpuech
D.L.: GR 1832-2014
ISBN: 978-84-9083-015-4



Prof. Dr. D. Miguel Ángel Recuerda Girela, Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

CERTIFICO

Que D^a. Lucía Fernández Delpuech, Licenciada en Derecho y Diplomada en Estudios Avanzados por la Universidad de Granada, ha realizado bajo mi dirección la Tesis Doctoral titulada: "Situación y reforzamiento de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público".

Y para que conste a los efectos oportunos, se expide el presente certificado en Granada a cuatro de noviembre de dos mil trece.

Fdo.: Prof. Dr. D. Miguel Ángel Recuerda Girela

La doctoranda, D^a. LUCÍA FERNÁNDEZ DELPUECH, y el Director de la tesis, MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA, garantizamos, al firmar esta tesis doctoral, que el trabajo ha sido realizado por el doctorando bajo la dirección del director de la tesis y hasta donde nuestro conocimiento alcanza, en la realización del trabajo, se han respetado los derechos de otros autores a ser citados, cuando se han utilizado sus resultados o publicaciones.

En Granada, a cuatro de noviembre de 2013.

El Director de la Tesis

Fdo.: Prof. Dr. D. MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA

La Doctoranda

Fdo.: D^a. LUCÍA FERNÁNDEZ DELPUECH

A mis padres

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	19
ABREVIATURAS.....	21
RESUMEN.....	25
INTRODUCCION.....	27
OBJETIVOS.....	33
METODOLOGÍA.....	35
RESULTADOS.....	37
CAPÍTULO 1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.....	39
1.- CONCEPTO, EFICACIA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	41
2.- LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	45
3.- EL PAPEL DE LA LEY EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	50
3.1.- La reserva de ley en materia de derechos fundamentales.....	50
3.2.- El contenido esencial de los derechos fundamentales.....	52
3.3.- El legislador y el juicio de proporcionalidad.....	55
3.4.- Los denominados “derechos de configuración legal”.....	55
4.- GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL RECURSO DE AMPARO.....	58
4.1.- Características del recurso de amparo.....	58
4.2.- El papel del recurso de amparo: las cuestiones de legalidad ordinaria.....	61
4.2.1.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos representativos.....	63
4.2.2.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos no representativos.....	66
4.2.3.- El papel del recurso de amparo tras la Ley Orgánica 6/2007.....	70
4.3.- El incidente de nulidad de actuaciones.....	76

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.....	78
5.1.- Introducción.....	78
5.2.- Naturaleza de derecho subjetivo y fundamental.....	80
5.3.- Igualdad en el contenido de la ley.....	82
5.4.- Igualdad en la aplicación de la ley.....	85
6.- CONCLUSIONES.....	89
CAPÍTULO 2. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD COMO CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS.....	93
1.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y SIGNIFICADO.....	95
2.- EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS.....	100
2.1.- Introducción.....	100
2.2.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los puestos funcionariales: ámbito objetivo y subjetivo.....	102
2.3.- El derecho de acceso en condiciones de igualdad a los puestos laborales del Sector Público: ámbito objetivo y subjetivo.....	110
2.4.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos del Sector Público.....	124
3.- CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.....	124
3.1.- Introducción.....	124
3.2.- Contenido con incidencia en la configuración de las normas jurídicas.....	126
3.2.1.- Predeterminación normativa.....	126
3.2.2.- Derecho de configuración legal.....	132
3.2.3.- Respeto al principio de igualdad al regular los requisitos en el acceso a los empleos públicos.....	133
3.2.4.- Conexión entre los principios de igualdad, mérito y capacidad.....	140
3.2.5.- Implicaciones de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la regulación del proceso selectivo.....	146
3.3.- Contenido con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas.....	147

3.4.- Carácter reaccional del derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad.....	156
4.- LAS FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD.....	158
4.1.- Complejidad del sistema de fuentes.....	158
4.2.- Reserva de ley, consideración como derecho de configuración legal.....	160
4.3.- Regulación por ley orgánica.....	168
4.4.- La legislación básica.....	172
4.5.- Los artículos 149.1.1ª y 139.1 CE.....	183
4.6.- La negociación colectiva sobre el acceso al empleo público.....	185
4.7.- Las fuentes reguladoras en el ámbito local.....	195
5.- CONCLUSIONES.....	199
CAPÍTULO 3. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.....	205
1.- CRÍTICAS A LOS ACTUALES SISTEMAS DE SELECCIÓN.....	207
2.- LA OPOSICIÓN.....	215
2.1.- La preferencia por la oposición.....	215
2.2.- Las pruebas o exámenes.....	224
3.- EL CONCURSO-OPOSICIÓN.....	230
4.- EL CONCURSO.....	248
5.- Actuaciones previstas en el artículo 61.5 EBEP.....	253
5.1.- Introducción.....	253
5.2.- La entrevista.....	254
5.3.- Los test psicotécnicos y psicológicos.....	262
5.4.- La presentación de memorias.....	265
5.5.- Los cursos selectivos y los períodos de formación práctica.....	266
5.6.- El peso de las actuaciones complementarias del artículo 61.5 EBEP.....	267
6.- LA DESVIACIÓN DE PODER Y LAS IRREGULARIDADES EN EL DISEÑO Y TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS.....	271

7.- LA FRAGMENTACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS: EL CASO DE LOS ENTES LOCALES, UNIVERSIDADES Y OTROS ENTES PÚBLICOS Y PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO.....	278
8.- LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL.....	292
8.1.- Introducción.....	292
8.2.- La doctrina constitucional sobre los procesos selectivos restringidos.....	299
8.2.1.- Los procesos restringidos en sentido estricto.....	299
8.2.2.- Los procesos selectivos restringidos en sentido amplio: abiertos con valoración de servicios prestados.....	304
8.2.3.- Conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional.....	311
8.3.- La normativa estatal sobre procesos de consolidación de empleo público precario.....	314
9.- LA FUNCIONARIZACIÓN.....	322
10.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS <i>DE LEGE FERENDA</i>	337
CAPÍTULO 4. LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN: ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA E IMPARCIALIDAD.....	347
1.- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN.....	349
2.- REGULACIÓN VIGENTE DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN.....	354
2.1.- Legislación básica.....	354
2.2.- Legislación aplicable a la Administración General del Estado...	357
2.3.- Legislación autonómica.....	360
2.4.- Legislación aplicable a los Entes Locales.....	369
2.5.- Legislación aplicable a las Universidades Públicas.....	371
3.- CARACTERÍSTICAS NECESARIAS DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN.....	380
3.1.- Introducción.....	380
3.2.- La especialización técnica.....	381
3.3.- La imparcialidad.....	381
3.3.1.- Modo de designación de los miembros del órgano de selección.....	392
3.3.2.- Personas excluidas de los órganos de selección.....	392
3.3.3.- Sistema de abstenciones y recusaciones.....	413

3.3.4.- El momento de la designación de los miembros del órgano de selección.....	417
3.4.- La publicidad de los miembros del órgano de selección.....	418
3.5.- Colegialidad.....	419
3.6.- Independencia.....	420
3.7.- Órganos de selección <i>ad hoc</i> y órganos de selección permanentes.....	420
3.8.- El secretario del órgano de selección.....	421
3.9.- Los expertos que colaboran con el órgano de selección.....	422
3.10.- La selección de empleados públicos como potestad pública...	424
4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	424
4.1.- Mecanismos de garantía de la especialización técnica.....	425
4.2.- Mecanismos de garantía de la imparcialidad.....	426
4.2.1.- Exclusiones para formar parte de los órganos de selección.....	426
4.2.2.- Designación de los miembros por sorteo.....	427
4.2.3.- Normas sobre anticorporativismo.....	432
4.2.4.- La externalización de los miembros de los órganos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público.....	433
4.2.5.- La externalización de los procesos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público.....	435
4.2.6.- El nombramiento de expertos.....	436
4.2.7.- La negociación colectiva sobre los órganos de selección.....	437
CAPÍTULO 5. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO.....	439
1.- NORMATIVA DEFICIENTE.....	441
2.- PARTICULARIDADES DE LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO.....	455
3.- NULIDAD DEL CONTRATO LABORAL POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.....	457
4.- LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL...	470
5.- LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y LA EXTERNALIZACIÓN.....	483

6.- CONCLUSIONES.....	485
CAPÍTULO 6. GARANTÍAS PARA LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES PERMANENTES MEDIANTE PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL FIJO.....	491
1.- INTRODUCCIÓN.....	493
2.- LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO.....	494
2.1.- Introducción.....	494
2.2.- La relación de puestos de trabajo.....	496
2.3.- La Oferta de empleo público.....	502
3.- FORMAS IRREGULARES DE ELUDIR LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA Y LABORAL FIJO.....	511
3.1.- La excesiva temporalidad en el empleo público.....	511
3.1.1.- El problema de la excesiva temporalidad en el empleo público.....	511
3.1.2.- Regulación de las relaciones temporales de empleo público en la legislación básica o exclusiva del Estado.....	521
3.2.- El personal eventual.....	545
3.2.1.- Concepto y características.....	545
3.2.2.- Excesivo número y nombramiento para funciones que no corresponden al personal eventual.....	548
3.3.- Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.....	567
3.3.1.- La evolución de la contratación administrativa de personal por las Administraciones Públicas.....	567
3.3.2.- La contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral.....	572
3.3.3.- La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario.....	603
3.3.4.- Supuestos en que relaciones de ajeneidad y dependencia son expresamente calificadas como contratación administrativa por la ley.....	607
3.3.5.- El uso fraudulento de sociedades mercantiles.....	611

4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE <i>LEGE FERENDA</i>	613
CAPÍTULO 7. GARANTÍAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS	633
1.- LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.....	635
1.1.- La transparencia administrativa.....	635
1.1.1.- Concepto y significado de la transparencia administrativa.....	635
1.1.2.- El acceso de los ciudadanos a la información y documentación administrativa.....	639
1.1.3.- La publicidad como difusión de oficio de la información administrativa.....	650
1.1.4.- Internet y transparencia administrativa.....	652
1.1.5.- La transparencia y la legislación sobre protección de datos de carácter personal.....	655
1.2.- La transparencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público.....	678
1.2.1.- La difusión de oficio de la información administrativa sobre acceso al empleo público.....	678
1.2.2.- Las bases reguladoras y la convocatoria de los procesos selectivos.....	696
1.2.3.- El acceso de los interesados al expediente administrativo del procedimiento selectivo.....	701
1.2.4.- El uso preceptivo de Internet en los procesos selectivos...	713
1.2.5.- La motivación de los actos administrativos del procedimiento selectivo.....	720
2.- LOS PLAZOS DE TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS.....	736
2.1.- Introducción.....	736
2.2.- Plazo para iniciar los procesos selectivos.....	737
2.3.- Duración de los procesos selectivos.....	742
3.- MECANISMOS PARA EVITAR FILTRACIONES.....	743
4.- OTRAS GARANTÍAS DE OBJETIVIDAD.....	745
4.1.- El anonimato en el examen escrito.....	745
4.2.- La publicidad en los exámenes orales y su constancia en documento audiovisual.....	746
4.3.- Temas de examen extraídos por azar.....	747

4.4.- El establecimiento de criterios <i>ex ante</i> y con publicidad.....	747
4.5.- El establecimiento de notas de corte.....	750
4.6.- La colaboración sindical en los procedimientos selectivos.....	751
4.7.- Órganos de Inspección sobre el acceso a los empleos públicos.....	754
5.- LA NO SIMULTANEIDAD DE PROCESOS SELECTIVOS.....	754
6.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.....	755
CAPÍTULO 8. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DE LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTOS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES: LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	767
1.- VIGENCIA PLENA DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD.....	769
2.- LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES Y ORGANISMOS REGULADORES.....	772
2.1.- Introducción, problemática y tipología.....	772
2.2.- Falta de justificación real del fenómeno de huída del Derecho Administrativo.....	778
2.3.- El problema de la realización de actividades materialmente administrativas por las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado.....	787
2.4.- Imposibilidad de prescindir de las garantías del Derecho Administrativo y Presupuestario. Garantía institucional y reserva del Derecho Administrativo en la Constitución Española.....	790
2.5.- La vuelta al Derecho Público.....	793
2.6.- Los Organismos Reguladores.....	795
3.- LA NORMATIVA SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTAS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES.....	797
3.1.- Introducción.....	797
3.2.- Los Organismos Reguladores y otros Entes de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE.....	798

3.3.- Los Organismos Públicos.....	810
3.3.1.- Los Organismos Autónomos.....	810
3.3.2.- Las Entidades Públicas Empresariales.....	811
3.3.3.- Las Agencias Estatales.....	814
3.4.- Los Entes privados: sociedades y fundaciones del Sector Público.....	816
3.5.- Los Consorcios.....	829
3.6.- Las Corporaciones de Derecho Público.....	830
4.- LA NECESARIA TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO.....	832
5.- CONCLUSIONES.....	834
CONCLUSIONES.....	841
BIBLIOGRAFÍA.....	873

AGRADECIMIENTOS

A mi Director de tesis, Dr. D. Miguel Ángel Recuerda Girela, Catedrático Acreditado de Derecho Administrativo en la Universidad de Granada, Profesor Titular de Universidad y jurista de reconocido prestigio, por su constante apoyo para la realización y finalización de esta tesis doctoral, y cuyas orientaciones han sido clave en su elaboración.

A la Biblioteca de la Universidad de Granada, particularmente a la Biblioteca de la Facultad de Derecho y a su personal, y al Consorcio de Bibliotecas Universitarias de Andalucía (CBUA) por poner a mi disposición la ingente cantidad de bibliografía manejada en la realización de este trabajo.

ABREVIATURAS

AA.VV.: Autores Varios

AA: Actualidad Administrativa

AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi

AL: Actualidad Laboral

AL: Actualidad Local

ANECA: Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación

APDCM: Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid

AS: Aranzadi Social

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

BOE: Boletín Oficial del Estado

CDJ: Cuadernos de Derecho Judicial

CE: Constitución Española

CEC: Centro de Estudios Constitucionales

CECP: Centro de Estudios Constitucionales y Políticos

CEF: Centro de Estudios Financieros

CEMCI: Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial

CEPC: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

DA: Documentación Administrativa

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

EBEP: Estatuto Básico del Empleado Público

EPDA: Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo

ETT: empresas de trabajo temporal

FJ: Fundamento Jurídico

IAAP: Instituto Andaluz de Administración Pública

IEAL: Instituto de Estudios de Administración Local

IEP: Instituto estudios políticos

INAP: Instituto Nacional de Administración Pública

IVAP: Instituto Vasco de Administración Pública

JCTSS: Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social

JL: Justicia Laboral

LBRL: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

LGP: Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria

LJCA: Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

LO: Ley Orgánica

LOFAGE: Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado

LOGSE: Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

LOREG: Ley Orgánica 5/1985, De 19 de junio, de Régimen Electoral General

LORTAD: Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

LORU: Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria

LOTIC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional

MTAS: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales

MTI: Ministerio de Trabajo e Inmigración

MTSS: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social

OEP: Oferta de empleo público

OSCE: Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa

PJ: Poder Judicial

QDL: Cuadernos de Derecho Local

RAAP: Revista Andaluza de Administración Pública

RAP: Revista de Administración Pública

RARAP: Revista Aragonesa de Administración Pública

RATC: Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional

RCDP: Revista Catalana de Dret Public

RCEC: Revista del Centro de Estudios Constitucionales

RDCE: Revista de Derecho Constitucional Europeo

RDP: Revista de Derecho Político

RDS: Revista de Derecho Social
REALA: Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA: Revista Española de Derecho Administrativo
REDC: Revista Española de Derecho Constitucional
REDT: Revista Española de Derecho del Trabajo
REL: Revista de Estudios Locales
REP: Revista de Estudios Políticos
REPD: Revista Española de Protección de Datos
RGAP: Revista Galega de Administración Pública
RGDA: Revista General de Derecho Administrativo
RGDC: Revista General de Derecho Constitucional
RGDPR: Revista General de Derecho Procesal
RGDTSS: Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
RICA: Revista Internacional de Ciencias Administrativas
RIDP: Revista de Internet, Derecho y Política
RL: Relaciones Laborales
RLE: Revista de Estudios Locales
RMTI: Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración
RPT: Relación de puestos de trabajo
RTSS: Revista de Trabajo y Seguridad Social
RVAP: Revista Vasca de Administración Pública
SAN: Sentencia de la Audiencia Nacional
STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
STS: Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC: Tribunal Constitucional
TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TL: Temas Laborales
TS: Tribunal Supremo
TSJ: Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

Con carácter general, el acceso a los empleos públicos ha de realizarse con respeto a los principios de mérito y capacidad, salvo el caso del personal eventual definido en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público (personal de confianza o asesoramiento especial). Estos principios están reconocidos en la Constitución Española (artículos 14 y 23.2 en conexión con el artículo 103.3) y forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos del Sector Público de naturaleza no eventual. Sin embargo, tales principios no tienen una aplicación completa y real en numerosos casos, no sólo en la práctica administrativa, sino también en la propia legislación vigente, la cual, en nuestra opinión, no ha establecido mecanismos suficientes al respecto. Por ello, entendemos que es preciso determinar qué medidas legislativas contribuirían a la vigencia real y efectiva de tales principios constitucionales.

Tras un primer capítulo introductorio, destinado al análisis de los derechos fundamentales y sus garantías, procedemos al estudio (en el Capítulo 2) del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza no eventual (es decir, laborales y funcionariales, así como, por equiparación a la función pública, estatutarios), analizando su ámbito objetivo y subjetivo, así como su contenido esencial, que se traduce en una serie de condicionamientos que afectan al sistema de selección, al órgano de selección y a las garantías de procedimiento, aspectos éstos que se desarrollan en los siguientes capítulos de la tesis.

Así, en el Capítulo 3 estudiamos los sistemas de selección existentes, las pruebas complementarias previstas en el artículo 61.5 del Estatuto Básico del Empleado Público, la desviación de poder, la excesiva fragmentación de los procesos selectivos, los procesos privilegiados de funcionarización y de consolidación de empleo temporal y se proponen medidas legales para impedir el diseño de procesos selectivos a medida de personas o colectivos concretos, lesivos del principio de igualdad. En el Capítulo 4 analizamos los órganos de selección, cuyas exigencias esenciales de imparcialidad y especialización técnica no están completamente asegurados por la legislación vigente.

El Capítulo 5 está dedicado a la normativa aplicable a la selección del personal laboral del Sector Público, respecto de cuya selección las garantías de los principios de mérito y capacidad son menores que en el caso del personal funcionario. Por otro lado, las necesidades permanentes de personal en el Sector Público han de ser cubiertas mediante personal funcionario de carrera (o, en su caso, estatutario fijo) y laboral fijo, circunstancia ésta que no siempre se produce. Por ello, analizamos en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral, en primer lugar, los presupuestos del proceso selectivo (que son la relación de puestos de trabajo y la Oferta de empleo público), intentando dar respuesta al problema de la no inclusión

de puestos de trabajo en la OEP y a la no tramitación de los procesos selectivos para cubrirlos. En segundo lugar, se analizan las formas irregulares a través de las cuales se elude la contratación de personal funcionario de carrera y laboral fijo, que son principalmente la contratación de personal temporal para cubrir necesidades permanentes (que da lugar al fenómeno cíclico de consolidación privilegiada de bolsas de empleo precario), la utilización de personal eventual fuera de los supuestos legalmente establecidos o en excesivo número, y la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos (de naturaleza no eventual) también implica, a nuestro juicio, una serie de garantías formales en la tramitación de los procesos selectivos, que son objeto de análisis en el Capítulo 7 de esta tesis doctoral, destacando la necesidad de más transparencia en dichos procesos.

Finalmente, en el Capítulo 8 analizamos el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo mediante la creación de Entes Públicos sometidos al Derecho Privado o de Entes privados, cuyo personal es laboral, y en cuya selección están muy debilitados los principios de mérito y capacidad.

INTRODUCCIÓN

Como ya indicó el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, muchos procesos de selección de empleados públicos en España son respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero otros no lo son, produciéndose interferencias clientelares y favoritismos de diverso tipo.¹ Ello supone, en primer lugar, la vulneración de un derecho fundamental, el de acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, reconocido en los artículos 23.2 CE y 14 CE.

Además, esta práctica constituye un ataque al Estado de Derecho y, especialmente en el caso del personal funcionario, es también un ataque a la necesidad de que las Administraciones Públicas actúen con objetividad y de acuerdo con el interés general. En efecto, la figura del funcionario nació para dar respuesta a las necesidades de especialización técnica y de imparcialidad y distanciamiento de la clase política, pero en la actualidad, 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.² Entre las numerosas vulneraciones de dicho sistema pueden destacarse las siguientes:

- La falta de rigor del proceso selectivo por la falta de especialización técnica o imparcialidad del órganos de selección o porque el proceso se diseña a medida de determinados candidatos o colectivos favorecidos al margen del mérito y capacidad.

- La insuficiente publicidad y la falta de garantías para la igualdad entre los aspirantes.

- La no inclusión de puestos de trabajo en la Oferta de empleo público y la no convocatoria o la no tramitación de los procesos selectivos.

¹ *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005, pg. 89.

Sobre los problemas que vienen afectando al empleo público español ya había diversos estudios, entre los que pueden citarse CASTILLO BLANCO, F.A., *Estudio de los Recursos Humanos del Sector Público Local en Andalucía*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, y ROMÁN RIECHMAN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., “Líneas de Reforma del Empleo Público”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dir. SAINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2004.

² NIETO GARCÍA, A., *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007, pg. 188 y ss.

- La utilización abusiva de la contratación laboral para eludir la tramitación de los procesos selectivos del personal funcionario (porque en éstos se exigen con mayor rigor el mérito y la capacidad).

- El incumplimiento de la normativa sobre límites temporales en la contratación de personal laboral temporal, que da lugar a la figura del personal laboral indefinido no fijo.

- Los procesos de funcionarización donde se relajan las exigencias de las pruebas de conocimientos y se sobrevaloran los servicios prestados.

- La huida del Derecho Administrativo mediante la creación de Entes Públicos sometidos al Derecho Privado o de Entes privados, cuyo personal es laboral y para cuya selección no se siguen los procesos selectivos de acceso del personal laboral de las Administraciones Públicas.

- La contratación de personal eventual fuera de los supuestos legalmente establecidos o en excesivo número.

- La celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

- El incremento del personal temporal y su perpetuación sin superar el proceso selectivo propio del personal estable, así como la consiguiente tramitación de procesos de consolidación de dicho empleo temporal, en los que se relajan las exigencias de las pruebas de conocimientos y se sobrevaloran los servicios prestados. Al respecto, el propio Informe de la Comisión de Expertos destacó que esta dinámica “está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público”, máxime si tenemos en cuenta que da lugar a la consolidación “subjetiva o particular de aquellos empleados que se han integrado en la Administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados”.³

- El diseño de procesos selectivos con el objetivo de favorecer ilegítimamente a personas o colectivos determinados, mediante la rebaja en el rigor de las pruebas de conocimientos o en el umbral mínimo de la nota de aprobado, “falseando” la oposición o la fase de oposición, la incorporación de entrevistas con un gran margen de subjetivismo y desviación (que son utilizadas de manera favoritista), la atribución de excesiva relevancia a la fase de concurso frente a la fase de oposición, y, en la fase de concurso, la sobrevaloración o infravaloración de ciertos méritos (tales como un determinado master, la experiencia profesional en el propio Ente convocante, etc.).

Por su parte, el Informe anual de 2007 del Defensor de Pueblo⁴ destacó los siguientes factores que dificultan la objetividad en los procesos selectivos:

³ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 90.

⁴ Informe anual de 2007 del Defensor de Pueblo, pg. 1136.

- La potestad de autoorganización de la Administración Pública, que conlleva una cierta discrecionalidad en los plazos, en la selección de los miembros de los órganos de selección, en la elección del sistema de acceso o en el número de plazas a cubrir.

- El interés de los equipos de gobierno en favorecer a determinados candidatos.

- El oscurantismo de la Administración Pública, no publicando los criterios seguidos para las correcciones, no entregando a los opositores una copia de los cuestionarios de las pruebas o de las respuestas, y no permitiéndoles acceder al expediente administrativo del proceso selectivo, ni siquiera a los exámenes.

El citado Informe destaca que “cuanto más especializada es la convocatoria, cuanto menos son las plazas a cubrir y cuanto más se descende en la organización territorial, la discrecionalidad y subjetividad en la actuación de la Administración convocante y de los tribunales es mayor”.⁵

A lo anterior, deben sumarse los graves defectos que presenta el sistema judicial, y que debilitan el control de la legalidad de los procesos selectivos y reducen la tutela judicial del citado derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos. Así, puede destacarse los siguientes problemas:

- La teoría de la discrecionalidad técnica dificulta el control judicial de los procesos selectivos, porque postula la imposibilidad de revisar en sede judicial la decisión de los órganos de selección, convirtiéndolos en verdaderos órganos soberanos, lo cual es especialmente grave cuando éstos no cuentan con una composición que garantice su imparcialidad y especialización técnica.

- El excesivo tiempo que dura la tramitación de los procesos judiciales de impugnación de procedimientos selectivos.

- El coste de la asistencia de letrado y procurador, a lo que deben sumarse las nuevas tasas judiciales.

Además, el control judicial se ve reducido por la dificultad de conseguir aportar las pruebas objetivas que demuestren las presuntas irregularidades denunciadas, especialmente en casos de desviación de poder, filtración de exámenes, etc. Y el opositor no suele caracterizarse por tener una inclinación fuerte hacia la impugnación, por el temor a verse represaliado en futuras convocatorias. Así que, atendidas las circunstancias expuestas, no parece que pueda dejarse caer sobre los ciudadanos todo el peso de corregir las irregularidades cometidas en la selección de empleados públicos.

Todo lo expuesto ha provocado que la doctrina señale que se “evidencia que el principio de mérito y capacidad sufre una crisis sin precedentes”, y que las

⁵ Informe anual de 2007 del Defensor de Pueblo, pg. 1138.

autoridades se nutren de personal no con criterios de capacidad técnica y profesional, sino con criterios de amistad y confianza política.⁶ Si puede parecer indignante que antiguamente se vendieran los Oficios Públicos, más todavía debería indignarnos el hecho de que se regalen.⁷ Como indica ESCUÍN PALOP⁸, “no sólo el sistema no funciona, sino que admite tal cantidad de excepciones y es tan sensible a las presiones sociales de ciertos grupos, que se puede decir que los criterios del mérito y de la capacidad no son de aplicación general”.⁹

La situación, como indica el citado autor¹⁰, transmite una sensación muy negativa a los ciudadanos y a los opositores, “máxime si se llega a sospechar que los seleccionadores son personas dóciles y de confianza que pueden orientar la selección hacia unos resultados que benefician a determinados colectivos, y ello cuando no aparecen escándalos de filtración de los exámenes, trato de favor a determinados aspirantes, concurrencia a las pruebas de personas que en ese momento desempeñan altas responsabilidades en la Administración convocante, etc.”.¹¹

A lo expuesto debe añadirse que las consecuencias de las prácticas irregulares sobre cobertura de los empleos públicos va más allá del decimonónico sistema de *spoils system*. En este sistema, las personas disfrutaban de empleos públicos por pura confianza política, siendo en consecuencia despojadas de dichos empleos cuando tomaba el poder un nuevo partido político. Sin embargo, en España, los empleos públicos se asignan de forma permanente (pues se adquiere la condición de laboral fijo, funcionario de carrera, o laboral indefinido no fijo). En esta línea, indica ROSELL que “se retrocede a una Administración del S. XIX en la que cada vez que llega un partido mete a los suyos, pero con la diferencia de que los cambios –como se constata en los Ayuntamientos- no conllevan la salida de esos contratados como cesantes, como sucedía en la Restauración canovista, sino que se superponen”.¹²

⁶ PARADA, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pgs. 89 y 137.

⁷ DE LA MORENA Y DE LA MORENA., L., “El acceso a la función pública y la selección y cese de los funcionarios, según la jurisprudencia, con especial referencia al funcionario local (I)”, *Revista el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 5/1999, pg. 790.

⁸ ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 1986, pg. 107.

⁹ MARTÍN MORENO, con extensa referencia al ámbito universitario, indica que hay “ámbitos en los que llega a ser percibido como normal el sistemático incumplimiento de la ley. (...) hoy persisten comportamientos caciquiles y despóticos en el acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”. (MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras y desviaciones del sistema de mérito en la función pública. ¿Qué hacemos con los cacicatos del siglo XXI?*, Liberlex, Granada, 2006, pg. 11).

¹⁰ MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit., pg. 36.

¹¹ O personas que han desempeñado Altos Cargos o cargos de designación política (ex Alcaldes, etc.).

¹² ROSELL, F., “¡Arde Troya!”, *El mundo*, domingo, 14 de noviembre de 2010.

La situación descrita entendemos que se debe en general a la actuación de los responsables en todos los ámbitos: así, pueden citarse las prácticas de los cargos políticos y de los gestores de las Administraciones Públicas (diseño de baremos a medida de personas concretas, no inclusión de plazas en la OEP o no tramitación de los procesos selectivos, nombramiento de órganos de selección compuestos por personas que carecen de imparcialidad o especialización técnica, oposiciones “descafeinadas”, filtración de exámenes, etc.). Pero es que, además, la legislación vigente consideramos que no contiene mecanismos concretos y garantías detalladas que impidan la comisión de estas infracciones.¹³ Y, finalmente, los órganos judiciales y el propio Tribunal Constitucional asumen, a nuestro juicio, interpretaciones de la legislación vigente que no favorecen al derecho fundamental del que tratamos. Así, resulta particularmente dañosa la doctrina sobre la discrecionalidad técnica de los órganos de selección, los procesos de consolidación de empleo temporal, o incluso sobre el principio de igualdad.

En todo caso, consideramos que el mayor peso causante de la situación recae en la clase política, que es la que elabora las leyes y reglamentos vigentes y los aplica en cada proceso selectivo.¹⁴ Así, la doctrina ha destacado la falta de voluntad política en aplicar las leyes sobre la materia. Ya en los años 50, CLEMENTE MERODIO¹⁵ concluía que “si la práctica seguida en el régimen de oposiciones en España desacreditó la legislación vigente, se debe en gran parte a que esta práctica se apartó totalmente de las normas legales”. También PUERTA SEGUIDO ha aludido a “una clara falta de voluntad política en la aplicación de las previsiones legales”.¹⁶

Ahora bien, el problema se debe también a la actuación de la clase política en su vertiente de legislador. En efecto, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, están reconocidos y desarrollados en la legislación vigente, pero entendemos que de manera insuficiente, pues no existen mecanismos y garantías concretos y legalmente detallados que impidan, con carácter preventivo, la comisión de las infracciones. Además, se constata la falta

¹³ Como indica RODRÍGUEZ LÓPEZ, la tipificación de infracciones no es suficiente para frenar la corrupción. (RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho”, en AA.VV., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Coord. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y FABIÁN CAPARRÓS, E.A., Ratio Legis, Salamanca, 2004, pg. 26.

¹⁴ Como indica RODRÍGUEZ-ARANA, la selección del personal para la función pública refleja paladinamente la temperatura del compromiso democrático y expresa la naturaleza del talante de los políticos. RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español”, AA, nº. 3/2007, pg. 260 y ss.

¹⁵ CLEMENTE MERODIO, T., “La vigente legislación de funcionarios y la necesidad de su reforma”, DA, nº. 4, 1958.

¹⁶ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003. pg. 295.

de efectivos mecanismos de responsabilidad para los empleados públicos y para los gestores de las organizaciones públicas¹⁷.

Finalmente, el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, a nuestro juicio no sólo no establece el grosso de mecanismos y garantías concretos que serían precisos para solucionar el problema, sino que además reitera graves lacras, como la reproducción de los procedimientos desiguales y privilegiados de consolidación de empleo precario y de funcionarización.

La cuestión ha sido objeto de diversos estudios doctrinales y de reformas legales, pero la falta de vigencia de los mencionados principios constitucionales en numerosos procesos selectivos es una realidad tangible, motivo por el cual, tratándose de un derecho fundamental, queda justificado un nuevo estudio sobre la cuestión.¹⁸

¹⁷ BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pgs. 215 a 219.

¹⁸ Siendo necesario acabar con el desprestigio social y la creencia común de la población de que no basta para ingresar en el empleo público con poseer los méritos necesarios. (MARTÍNEZ MARÍN, A., *Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, Madrid, 1999, pg. 51).

OBJETIVOS

Una vez expuesta (en la Introducción de esta tesis doctoral) la situación de insuficiente garantía efectiva en que se encuentran los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la presente tesis doctoral pretende analizar las posibilidades de mejora de la normativa vigente a efectos de mitigar dicha situación.

Así, pretendemos apuntalar aún más el análisis de dichos principios, sistematizar de forma detallada los problemas que lesionan la vigencia del mismo y, finalmente, proponer soluciones legales concretas y mecanismos definidos para solucionar y prevenir dichos problemas con mayor eficacia.

Por otro lado, esta tesis doctoral maneja un concepto lo más amplio posible de empleo público, entendido como todos aquellos puestos de trabajo ubicados en el Sector Público, excepto los empleos de naturaleza eventual definidos en el artículo 12 del EBEP (que consiste en personal de confianza o especial asesoramiento elegido con criterios de total libertad). Por tanto, se refiere de forma muy amplia al personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo, que es el que ha de cubrir con carácter general las necesidades permanentes de las Administraciones Públicas y otras Entidades del Sector Público, sin perjuicio de que los principios de mérito y capacidad rigen igualmente en el acceso del personal funcionario interino y laboral temporal.

Asimismo, dentro del personal funcionario de carrera y laboral fijo, la presente tesis doctoral efectúa algunas consideraciones más específicas sobre los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales pertenecientes a las Administraciones Públicas. Pero, en general, las conclusiones del presente trabajo de investigación son aplicables al personal docente, al personal estatutario de los Servicios de Salud y al personal de la Administración de Justicia, en la medida en que exista identidad de razón con los Cuerpos funcionariales de las Administraciones Públicas.

Lo mismo sucede con el personal citado en el artículo 4 del Estatuto Básico del Empleado Público (personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, personal militar de las Fuerzas Armadas, personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal retribuido por arancel, personal del Centro Nacional de Inteligencia, y personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito). En el acceso a todos estos puestos de trabajo son aplicables las garantías de los principios de mérito y capacidad, sin perjuicio de las matizaciones que correspondan en casos excepcionales.

Por otro lado, no ha sido objeto de estudio en este trabajo de investigación el personal directivo de las Administraciones Públicas, debido a las peculiaridades que ofrece su selección, ya que el artículo 13 del Estatuto Básico del Empleado Público establece que su designación atenderá también a criterios de idoneidad. El procedimiento selectivo de este tipo de personal no es equiparable al de funcionarios (y estatutarios) y laborales, debido a las funciones directivas que se le atribuyen.

METODOLOGÍA

El presente trabajo de investigación se basa en el estudio del Derecho positivo, analizando tanto las fuentes del Derecho (ley, costumbre y principios generales del Derecho), como la doctrina del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y diversas resoluciones de otros órganos judiciales nacionales e internacionales (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Además, y como complemento imprescindible, se procede al estudio de la doctrina, partiendo del análisis de obras generales sobre Derecho Administrativo y sobre Empleo Público para, a continuación, profundizar en el estudio de monografías. También se toman en consideración diversas aportaciones, tales como Informes del Defensor del Pueblo, de Defensores del Pueblo autonómicos, del Consejo Económico y Social, y de órganos consultivos de las Administraciones autonómicas. En concreto, se han seguido las siguientes fases de análisis:

En primer lugar, se enmarca el problema de la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso a los empleos públicos funcionariales y laborales, que forman parte del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a dichos empleos públicos, de acuerdo con los artículos 14 y 23.2 CE. Esta tesis plantea el análisis de una figura unitaria: el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, a cuyo análisis se procede con el objetivo de determinar con la mayor exactitud posible qué exigencias sustantivas y de procedimiento se derivan del contenido esencial de dicho derecho fundamental.

En segundo lugar, se realiza un análisis de la legislación vigente sobre acceso al empleo público, para determinar si la misma se ajusta al contenido esencial del citado derecho fundamental, o si, por el contrario, no garantiza suficientemente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad. La normativa vigente sobre acceso al empleo público es de una ingente amplitud, ya que comprende todo el ámbito de las fuentes del derecho, desde las concisas reglas constitucionales, pasando por la legislación básica del Estado, hasta los reglamentos reguladores de cada proceso selectivo. Además, la estructura compleja del Estado español determina la existencia de normativa emanada por las Comunidades Autónomas, así como la existencia de particularidades para los Entes Locales y Universidades, entre otros casos.

El presente trabajo, teniendo en cuenta el sistema de fuentes existente en materia de empleo público, parte, fundamentalmente, del análisis de las reglas constitucionales y de la legislación básica del Estado, si bien, de forma proporcionada y pertinente, se efectúan referencias a otras normas jurídicas. Finalmente, una vez comprobado que la legislación vigente no garantiza suficientemente la efectiva vigencia de los mencionados principios constitucionales, se proponen una serie de medidas legislativas que consideramos que sí contribuirían a garantizar la efectividad de dichos principios constitucionales.

Para llevar a cabo este trabajo, se elaboró inicialmente un plan de trabajo que incluía las siguientes actividades y fases: 1) Elaboración de un índice de la tesis doctoral. 2) Localización de la bibliografía, y lectura y estudio de la misma. 3) Redacción de los distintos capítulos de la tesis, con la consiguiente obtención de resultados. 4) Debates y análisis con el Director de la tesis. 5) Seguimiento de noticias sobre procesos selectivos (en prensa y boletines oficiales). 6) Redacción de las conclusiones alcanzadas en esta tesis doctoral. Durante el desarrollo de los trabajos de investigación, como consecuencia de los conocimientos que se han ido adquiriendo, se ha ido reajustando el índice diseñado inicialmente.

En el análisis de la normativa jurídica se han aplicado los métodos exegético (intentando descifrar de la forma más auténtica posible lo que el legislador ha querido decir), sistemático (tomando en consideración la sistemática de los cuerpos jurídicos en que se enmarcan las normas, así como tratando de construir o determinar la existencia de instituciones o figuras jurídicas en las que ubicar la problemática planteada), y sociológico (teniendo en cuenta que el Derecho es un producto de la sociedad, y que por tanto ha de tenerse en cuenta la realidad social a la hora de conceptualizar las instituciones jurídicas).

Asimismo, esta tesis doctoral también tiene elementos “propositivos” o de *lege ferenda*, es decir, que, sobre la base del conocimiento sobre el contenido del derecho fundamental al que se ha hecho referencia, proponemos reformas legislativas que entendemos que podrían contribuir a ajustar la legislación vigente a las exigencias derivadas del citado derecho fundamental. Finalmente, la presente tesis doctoral pretende cumplir con las exigencias propias de una tesis doctoral en materia jurídica, en particular, con la objetividad, racionalidad, logicidad, sistematicidad y precisión.

RESULTADOS

La realización del trabajo de investigación siguiendo la metodología expuesta ha dado lugar a la obtención de los resultados que se exponen en los capítulos siguientes, a los que nos remitimos *in totum*.

CAPÍTULO 1

Los derechos fundamentales y el principio de igualdad en la Constitución Española

SUMARIO:

1.- CONCEPTO, EFICACIA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.- LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.- EL PAPEL DE LA LEY EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- La reserva de ley en materia de derechos fundamentales

3.2.- El contenido esencial de los derechos fundamentales

3.3.- El legislador y el juicio de proporcionalidad

3.4.- Los denominados “derechos de configuración legal”

4.- GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL RECURSO DE AMPARO

4.1.- Características del recurso de amparo

4.2.- El papel del recurso de amparo: las “cuestiones de legalidad ordinaria”

4.2.1.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos representativos

4.2.2.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos no representativos

4.2.3.- El papel del recurso de amparo tras la Ley Orgánica 6/2007

4.3.- El incidente de nulidad de actuaciones

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

5.1.- Introducción

5.2.- Naturaleza de derecho subjetivo y fundamental

5.3.- Igualdad en el contenido de la ley

5.4.- Igualdad en la aplicación de la ley

6.- CONCLUSIONES

1.- CONCEPTO, EFICACIA E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En los procesos selectivos de acceso al empleo público¹⁹ no se ventila solamente el interés de la Administración Pública (el denominado interés general o público) o el propio interés legítimo de los participantes en dichos procesos, sino que además está en juego el derecho de igualdad en el acceso a los empleos públicos. Este derecho “constituye una de las bases fundamentales del Estado Constitucional”²⁰ y además es un derecho fundamental y, por tanto, goza del máximo nivel de protección jurídica en nuestro Ordenamiento Jurídico.

Siguiendo a PÉREZ LUÑO, pueden definirse los derechos fundamentales como “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.²¹ En este sentido, no es posible concebir una Constitución si no se reconocen en ella los derechos fundamentales. Así, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 afirma que “*toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, carece de Constitución*”.

Asimismo, el Estado de Derecho²² es inseparable de los derechos fundamentales, de manera que allí donde se reconocen los derechos fundamentales existe Estado de Derecho, y sólo donde existe Estado de Derecho son efectivos los derechos fundamentales.²³ Tal y como señala la STC 113/1995, los derechos fundamentales “constituyen el fundamento político-jurídico del Estado en su conjunto” y son “elemento justificador del poder político”.

¹⁹ Y en los procedimientos de provisión de puestos entre quienes ya son empleados públicos.

²⁰ MARTÍN MORENO, J.L., *El derecho fundamental de acceso a la función pública*, Liberlex, Granada, 2006, pg. 10.

²¹ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pg. 46.

²² Según RECUERDA GIRELA., “se considera que existe Estado de Derecho cuando el Estado está autovinculado por un orden jurídico cuyo contenido respete los derechos fundamentales reconocidos universalmente”. (RECUERDA GIRELA, M.A., “Introducción al Derecho Alimentario”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Alimentario*, Dir. RECUERDA GIRELA, M.A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pg. 108).

²³ PÉREZ TREMP, P., en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, edición 7ª, 2007, pg. 141.

Según GÓMEZ SÁNCHEZ, en el Estado de Derecho el reconocimiento y la tutela eficaz de los derechos y las libertades forma parte del contenido mínimo del Ordenamiento Jurídico. (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Estado constitucional y protección internacional”, en AA.VV., *“Pasado, presente y futuro de los derechos fundamentales”*, Coord. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., UNED y Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, México, 2004, pg. 236). Sobre el concepto y características del Estado de Derecho, puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Introducción al régimen constitucional*, Sanz y Torres, Madrid, 2000.

Aunque no es objeto de esta tesis doctoral analizar en detalle las características y fundamento de las distintas teorías filosóficas y jurídicas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales²⁴, sí podemos indicar que, aunque los derechos fundamentales responden a necesidades éticas a menudo universalmente admitidas, tienen un indudable factor histórico (relativismo histórico).²⁵ En definitiva, no existe un concepto dogmático universal de derecho fundamental, si bien, tras el devenir histórico (más reciente) se ha alcanzado un cierto grado de consenso y objetividad sobre el concepto de los derechos fundamentales.²⁶

Los derechos fundamentales también tienen una finalidad “axiológica”²⁷ o aspecto objetivo, pues, tal y como señaló la STC 25/1981, “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica”. Así, según el artículo 10.1 CE, los derechos fundamentales son el “*fundamento del orden jurídico y de la paz social*”.

Tampoco procede en el presente trabajo profundizar en las distintas clasificaciones de los derechos fundamentales²⁸, pero sí interesa destacar, siguiendo a CÁMARA VILLAR²⁹, que el artículo 53 CE, que establece los niveles de protección de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución, “se convierte en la pieza clave de la arquitectura constitucional del sistema de derechos fundamentales”. Precisamente, el criterio para agruparlos ha sido el sistema de garantías establecido en el artículo 53 CE³⁰, que regula tres niveles de protección, para los derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, para los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª del citado Capítulo, y para los derechos reconocidos en el Capítulo III del Título I

²⁴ Puede verse un extenso análisis de la cuestión en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

²⁵ CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Tecnos, Madrid, 2009, pg. 38.

²⁶ Baste citar, sin ánimo de exhaustividad, la Declaración del Buen Pueblo de Virginia de 1776, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, las diversas Constituciones que han ido dictándose, especialmente tras la Segunda Guerra Mundial, así como el fenómeno de internacionalización de los derechos fundamentales, reflejado en la Declaración Universal de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, y el Tratado por el que se establece una Constitución para la Unión Europea, firmado el 29 de octubre de 2004.

²⁷ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 141 y ss.

²⁸ Puede verse una exposición de las distintas clasificaciones en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, op.cit., pg. 441 y ss.

²⁹ CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 53 y ss.

³⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pg. 303.

de la Constitución, denominado “de los principios rectores de la política social y económica”.

Por otro lado, debe destacarse que la rúbrica del Título I de la Constitución se refiere a los “derechos fundamentales y libertades públicas”. Sin embargo, suele interpretarse que la categoría de “derechos fundamentales y libertades públicas” es un concepto más restringido, sobre todo si se tiene en cuenta el contraste entre la rúbrica de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, que se refiere a los “derechos fundamentales y libertades públicas”, y la rúbrica de la Sección 2ª, que se refiere a “los derechos y deberes de los ciudadanos”. A ello debe añadirse que el máximo nivel de garantías previsto en el artículo 53 CE es para los derechos fundamentales y libertades públicas de la Sección 1ª, para los cuales también se establece en el artículo 81 CE la reserva de ley orgánica.

Parte de la doctrina³¹ limita el concepto de derecho fundamental a los derechos contenidos en la citada Sección 1ª, basándose en la interpretación gramatical y sistemática, alegando la especial rigidez existente para reformar las disposiciones constitucionales sobre estos derechos (artículo 168.1 CE), el sistema reforzado de garantías previsto para ellos (artículo 53.2 CE) y la reserva de ley orgánica (artículo 81.1 CE). También el Tribunal Constitucional lo ha entendido así, en sentencias como la número 160/1987.

Otro sector de la doctrina³² considera fundamentales todos los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución, por entender que a ello no obsta que la propia Constitución dé un estatuto constitucional distinto a los derechos fundamentales de la Sección 1ª respecto a los de la Sección 2ª, sino que lo relevante para apreciar un derecho fundamental es la eficacia directa y la vinculación de todos los poderes públicos, la reserva de ley y el respeto por ésta del contenido esencial de tales derechos, el control judicial y el recurso de inconstitucionalidad.

Como señala CÁMARA VILLAR³³, lo que sí es evidente es que la Constitución presta una especial atención a los derechos ubicados en la Sección

³¹ Ver GUAITA, A., “Régimen de los derechos constitucionales”, *RDP*, UNED, nº. 13, 1982, pg. 75-93, MARTÍN-RETORTILLO, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., y OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pg. 19 a 91, y PÉREZ TREMPES en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 144.

³² CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, nº. 25, 1989, pg. 35 y ss., y “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Volumen I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1988, pg. 160 y ss., y “Derechos fundamentales”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001, pg. 108, RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1993, pg. 625 y ss., PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pg. 273 y ss. y 285, y JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53...”, op.cit., pg. 450, y *Derechos fundamentales...*, op.cit., pgs. 17 y 27.

³³ CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 57.

1ª, pues en ella se encuentran los derechos fundamentales “más significados, básicos y clásicos”, de manera que la Constitución recoge dos grupos de derechos fundamentales: por un lado, los “propriadamente dichos”, que constituyen el núcleo esencial de nuestro sistema constitucional, y que son los ubicados en la Sección 1ª, el principio de igualdad y la objeción de conciencia, y por otro lado los “no nucleares”, que son los demás derechos reconocidos en el Capítulo II del Título I.

Con respecto a la eficacia de los derechos fundamentales, estos, según el artículo 53.1 CE, vinculan a todos los poderes públicos, y son verdaderos derechos subjetivos que permiten a su titular exigir ante los Tribunales su respeto por los poderes públicos³⁴. Incluso en aquellos casos en los que un derecho fundamental está necesitado de desarrollo legislativo, dicho derecho fundamental goza de la correspondiente protección, en la medida en que tiene un “contenido mínimo” establecido a nivel constitucional, que ha de ser respetado en todo caso.³⁵

Por otro lado, los derechos fundamentales también tienen eficacia en las relaciones entre los particulares. Habitualmente esta eficacia se hace posible a través de los Tribunales de Justicia, que realizan su actividad con pleno sometimiento a la Constitución, aplicándola. Es lo que viene denominándose “eficacia horizontal” de los derechos fundamentales. El principio de eficacia directa de los derechos fundamentales entre los particulares se desprende, obviamente, de lo dispuesto en los artículos 1.1, 9.1, 10.1 y 53 CE. Es más, si el órgano judicial no repara la lesión del derecho fundamental que, en el ámbito privado, se haya producido, se entiende que es el propio órgano judicial el que ha lesionado el derecho fundamental y queda expedita la vía del Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional.³⁶

Por lo que se refiere a la interpretación de la normativa reguladora de los derechos fundamentales, la doctrina coincide en señalar que, en caso de duda o existencia de varias interpretaciones posibles, debe prevalecer la interpretación más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, tal y como también ha señalado el Tribunal Constitucional en las sentencias 69/1984, 76/1987, 1 y 32/1989, 157/1991, 87/1999 y 26/2004, entre otras muchas.³⁷ El principio de la

³⁴ CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 33 y ss.

³⁵ Como ejemplo de lo expuesto, puede citarse el caso del derecho de objeción de conciencia, que gozó de protección en los momentos anteriores al desarrollo legislativo producido en el año 1984, ocurriendo que el objetor de conciencia no podía ser obligado a cumplir el servicio militar, sino que su situación quedaba aplazada hasta que se produjera el correspondiente desarrollo legislativo.

³⁶ Ver la STC 18/1984. Como indica TORRES DEL MORAL, existen numerosos ejemplos de eficacia horizontal o entre particulares, pudiendo destacarse, como ejemplo, el caso del cierre patronal declarado ilícito por haber sido adoptado en respuesta a una huelga legítima (STC 72/1982). (TORRES DEL MORAL, A., *Principios...*, op.cit., pg. 313).

³⁷ En esta línea, indica RECUERDA GIRELA que “todas las normas del ordenamiento jurídico deben interpretarse conforme a la Constitución, y en el sentido más favorable a los derechos fundamentales recogidos en la misma; y si un juez considera que una norma con rango de ley, y esencial para el caso que está enjuiciando, es contraria a la Constitución,

interpretación más favorable trae causa de la posición básica de los derechos fundamentales como elemento estructural del Ordenamiento Jurídico y valor fundamental del Estado de Derecho³⁸ y, como indica CÁMARA VILLAR³⁹, se relaciona con el *principium libertatis*, según el cual las limitaciones del legislador a los derechos fundamentales merecen una interpretación restrictiva. Asimismo, el Tribunal Constitucional viene señalando también los límites impuestos a los derechos fundamentales han de ser interpretados restrictivamente.

Finalmente, en la labor interpretativa de los derechos fundamentales ha de tenerse muy presente lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución. No es posible aquí extenderse sobre ello, pero conviene recordar que los Tratados Internacionales no son siempre más garantistas que nuestra propia Constitución, por lo que, tratándose de textos de mínimos, la interpretación no debe limitarse a lo dispuesto en ellos.

2.- LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En las primeras Declaraciones de derechos fundamentales aparecen tres elementos básicos relativos a los derechos fundamentales y sus límites: la democracia, la legitimidad del Estado para configurar los límites de dichos derechos a través de la ley y la existencia de variados derechos fundamentales.⁴⁰ En relación con estos límites, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en su artículo 4, estableció que “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantiza a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”, añadiendo que “estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”.⁴¹

debe plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal constitucional”. (RECUERDA GIRELA, M.A., “Introducción al Derecho Alimentario”, op.cit., pg. 60).

³⁸ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 157.

³⁹ CÁMARA VILLAR, G., EN AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 67.

⁴⁰ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg. 37.

⁴¹ Según el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de la sociedad democrática”. Igualmente, en el Convenio de Roma y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se prevé que el legislador puede establecer límites a los derechos fundamentales para proteger de la moral.

Asimismo, el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 2/1982, viene reiterando que ningún derecho fundamental es absoluto o ilimitado.⁴² Los límites de los derechos fundamentales vienen unas veces establecidos por la propia Constitución, pero en otros casos se derivan indirectamente de ella, en la medida en que resulta necesario proteger otros derechos fundamentales o, incluso, otros bienes y valores constitucionales. El propio artículo 10.1 CE cita como fundamento del orden político y de la paz social al respeto a los derechos de los demás.

En todo caso, la cuestión de los límites de los derechos fundamentales no es pacífica ni siquiera en el nivel de los conceptos básicos, pues existen distintas definiciones al respecto, y los límites se relacionan también con otros conceptos como el del contenido esencial de los derechos fundamentales al que alude el artículo 53.2 CE. A este respecto, NARANJO DE LA CRUZ distingue tres zonas en la configuración de los derechos fundamentales:⁴³ círculo exterior, que es la delimitación del derecho fundamental, entendida como su ámbito máximo de extensión, definido en el propio texto constitucional; círculo intermedio, que son los límites del derecho fundamental, que surgen cuando éste interacciona con otros derechos, y que deben superar el juicio de proporcionalidad; y círculo interior, que es el contenido esencial del derecho fundamental, y que se define como el ámbito irreductible del derecho fundamental, que no puede decaer ante ningún otro derecho o interés constitucionalmente protegido.

Como señala MUÑOZ ARNAU⁴⁴, la Constitución Española ha establecido unos límites genéricos que tienen efectividad en la medida en que cada derecho se hace operativo en la vida social (y son la propia ley y los derechos de los demás) y unos límites específicos al reconocer alguno de los derechos fundamentales. Además también hay unos límites implícitos, que se deducen de una interpretación sistemática de la Constitución, al dar a cada derecho su lugar en el sistema total al que pertenece.

Por su parte, CÁMARA VILLAR distingue entre límites intrínsecos y límites extrínsecos.⁴⁵ Límites intrínsecos son aquellos que se deducen directamente de la propia naturaleza o configuración del derecho fundamental, en relación con la función social para la cual está reconocido. Así pues, la propia determinación o

⁴² Una exposición de la jurisprudencia y doctrina en ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴³ NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CECP, BOE, Madrid, 2000, pg. 72 y ss.

⁴⁴ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg. 87.

⁴⁵ CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 65. Esta distinción entre límites internos y límites extrínsecos también ha sido acogida por PÉREZ TREMP: los límites internos definen el contenido mismo del derecho, mientras que los límites externos son los impuestos por el Ordenamiento Jurídico al ejercicio legítimo de los derechos y pueden ser expresos o implícitos. (Ver LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 153).

delimitación del contenido de un derecho conlleva fijar unas fronteras para el mismo. Otro límite intrínseco de los derechos fundamentales es su ejercicio con buena fe y sin abuso. En cuanto a los límites extrínsecos, son aquellos establecidos por el Ordenamiento Jurídico. En muchas ocasiones los establece la propia Constitución de manera expresa, pero en otras ocasiones se derivan de ella indirectamente, en la medida en que sea preciso proteger otros bienes, valores o derechos constitucionales.

Otros autores, como MUÑOZ ARNAU⁴⁶, distinguen entre los conceptos de límite y de limitación, entendiendo por límite el término natural de una realidad, mientras que limitación es la restricción o impedimento a esa realidad. También JIMÉNEZ CAMPO distingue entre delimitación, como conjunto de las acciones públicas que contribuyen a definir los contornos generales y objetivos del derecho, y límite, como constricciones externas de un derecho ya definido⁴⁷. No obstante, autores como PRIETO SANCHÍS, no ven clara la distinción entre los conceptos de límite y limitación o delimitación.⁴⁸

También se habla de los conflictos entre derechos, si bien autores como MUÑOZ ARNAU⁴⁹ no consideran que realmente se trate de un conflicto, porque “los derechos, si realmente lo son y no mera apariencia, no chocan jamás”. De modo que lo que hay que hacer previamente es determinar el contenido esencial de los derechos, actividad que evitará precisamente los conflictos entre derechos.⁵⁰

La cuestión de los límites se torna especialmente difícil, en la medida en que la Constitución no regula y delimita exhaustivamente los derechos fundamentales. La STC 11/1981, ha señalado que “corresponde al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confeccionar una regulación de las condiciones de ejercicio del derecho (fundamental) que serán más restrictivas o abiertas, de acuerdo con las direcciones políticas que le impulsen, siempre que no pasen más allá de los límites impuestos por las normas constitucionales concretas y del límite genérico del

⁴⁶ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pgs. 21 y ss.

⁴⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op.cit., pg. 38.

⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pg. 229.

⁴⁹ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg. 170.

⁵⁰ SERNA BERMÚDEZ, P., “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidación e información”, *Humana lura*, nº. 4, 1994, pg. 197 a 234.

Así, y poniendo como ejemplo los derechos de libertad de información y el derecho a la intimidad, concluye MUÑOZ ARNAU que el conflicto entre estos derechos no existe en realidad, porque la especial relevancia que se atribuye a la libertad de información se fundamenta en que contribuye a conseguir una opinión pública libre, y precisamente dicha opinión pública no se proyecta sobre lo íntimo, sino sobre las cuestiones de interés público. Por tanto, una vez determinado si los hechos objeto de la información son o no de interés público, queda resuelto el caso, pues los hechos encajan en una u otra categoría jurídica.

artículo 53. (...) ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, puede considerarse como ilimitado”.

Hemos de partir de que los derechos fundamentales están ubicados en un sistema, habiendo señalado la STC 196/1987 que la Constitución se concibe “como una totalidad normativa garantizadora de un orden de convivencia integrado por un conjunto de derechos y valores, que el legislador tiene el deber de armonizar”. Al respecto, constituyen limitaciones de los derechos fundamentales los siguientes bienes o valores, siguiendo a MUÑOZ ARNAU⁵¹ la dignidad humana⁵², la moral pública⁵³, el orden público, los servicios esenciales para la comunidad, la seguridad jurídica, la efectividad en la organización y en la actuación de los poderes públicos y el interés de la investigación de un delito.

En todo caso, la doctrina y jurisprudencia vienen señalando que las medidas restrictivas de los derechos fundamentales, tanto a nivel legislativo como de aplicación de la misma, han de respetar las exigencias del principio de proporcionalidad. Así, la doctrina viene señalando que el principio de proporcionalidad actúa como límite de límites⁵⁴, de modo que el principio de proporcionalidad prohíbe las ingerencias desproporcionadas por parte del legislador.

Este principio no está expresamente recogido en la Constitución como límite de los poderes públicos, pero es tomado en consideración desde la más temprana jurisprudencia constitucional (así, en la STC 22/1981), si bien, como indica GONZÁLEZ BEILFUSS, adquiere mayor consistencia dogmática cuando, a partir de la STC 66/1995, se introduce la utilización del test alemán de proporcionalidad, que implica distinguir y analizar de manera sucesiva los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.⁵⁵

En cuanto al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, el Tribunal Constitucional ha invocado genéricamente el Estado de Derecho, la Justicia como valor, la dignidad de la persona y los propios derechos fundamentales, y finalmente viene refiriéndose al carácter instrumental de este principio como medio para resolver conflictos entre principios y bienes jurídicos que interaccionan entre sí en el seno de la Constitución como sistema.

⁵¹ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg. 174.

⁵² Sobre el concepto de dignidad puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Dignidad y ordenamiento comunitario”, *RDCE*, nº. 4, 2005.

⁵³ Ver las SSTC 62/1982 y 62/1992.

⁵⁴ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, pg. 111, y BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 5, 1998, pg. 135 y ss.

⁵⁵ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pgs. 29 y 53.

Concretamente, respecto de la proporcionalidad y razonabilidad de las medidas limitadoras de derechos fundamentales, las SSTC 66/1995 y 207/1996, han señalado que, para comprobar si una medida limitadora o restrictiva de un derecho fundamental es proporcional, hay que analizar si cumple con tres premisas o requisitos:

a) Que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo que se propone (esto es en realidad un juicio de idoneidad).

b) Que sea necesaria la medida adoptada, en el sentido de que no exista otra medida más moderada que permitiera conseguir el mismo objetivo (esto es el denominado juicio de necesidad).

c) Que la medida sea ponderada o equilibrada, es decir, que se deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Este sería el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Esta proporcionalidad en sentido estricto implica un juicio de ponderación⁵⁶ y, el mayor problema es dar criterios generales para concretar esta ponderación, si bien algunos autores señalan criterios como la relevancia constitucional e importancia de la finalidad perseguida, el alcance de la medida objeto de control y su posible cobertura constitucional, así como la naturaleza del derecho fundamental restringido por la medida.⁵⁷

Como resulta de lo expuesto, el principio de proporcionalidad tiene carácter relacional⁵⁸, porque versa sobre la relación entre una medida y su finalidad. Se diferencia del principio de igualdad en que el carácter relacional de éste se estructura sobre una comparación entre dos regímenes jurídicos o dos medidas distintos aplicadas a dos supuestos de hecho iguales. En el principio de proporcionalidad sólo se analiza un régimen jurídico. Además, este principio tiene básicamente carácter negativo, porque prohíbe los regímenes jurídicos que no guarden la debida relación de proporcionalidad con la finalidad que persiguen.

⁵⁶ La proporcionalidad ha sido también denominada como “ponderación” por autores como PRIETO SANCHIS, L. (*Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005, pg. 182), RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. (*La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2000), GAVARA DE CARA, J.C. (*Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994) y MEDINA GUERRERO, M. (*La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996). Sin embargo, algún autor como ARROYO JIMÉNEZ, L., (“Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Madrid, Mayo 2009), distinguen los conceptos de ponderación y de proporcionalidad. La ponderación es una técnica para resolver antinomias entre principios, identificando las circunstancias que deben concurrir para que un principio preceda a otro, de manera que se establezca una relación de precedencia entre los principios en colisión. Según este autor, el juicio de ponderación es un método de decisión, mientras que el juicio de proporcionalidad es un método de control.

⁵⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pg. 155.

⁵⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pg. 99, y BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Jurisprudencia constitucional sobre...”, op.cit., pg. 333 y ss.

El problema que plantean conceptos tales como igualdad, proporcionalidad, contenido mínimo del derecho, es que, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, no existen reglas absolutas para determinar su exacto contenido. Como indica PRIETO SANCHÍS⁵⁹, no es posible negar el carácter valorativo y el margen de discrecionalidad que conlleva el juicio de proporcionalidad, de modo que es una operación cuya parte esencial se produce sin “red normativa”, a partir de valoraciones en las que no tiene por qué haber un acuerdo intersubjetivo.

En esta misma línea, y siguiendo a ALEX⁶⁰ puede decirse que la ponderación no es tan racional como para asfixiar la discrecionalidad legislativa mediante la imposición de una única solución, ni tan poco racional como para autorizar cualquier solución subjetiva de un juez.

Refiriéndose también a los requisitos que deben reunir las medidas limitadoras de los derechos fundamentales, MUÑOZ ARNAU⁶¹ hace referencia también a la necesidad de ejercitar los derechos con buena fe y sin abuso de derecho, dos instituciones de gran tradición jurídica en el Derecho común. Es decir, que los derechos no deben ejercitarse de manera desproporcionada e irrazonable, ni de forma intempestiva e impeditiva.

3.- EL PAPEL DE LA LEY EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1.- La reserva de ley en materia de derechos fundamentales

La Constitución Española, en su artículo 53.1, ha dispuesto que el ejercicio de los derechos fundamentales (entendidos como los del Capítulo II del Título I de la Constitución), será regulado por ley, que debe respetar el “contenido esencial” de los mismos, de manera que el legislador queda sujeto a la Constitución y a lo que podríamos denominar “concepto constitucional” de cada derecho o contenido esencial del mismo. La reserva de ley es una figura que en sus orígenes pretende proteger los derechos fundamentales constitucionalizados frente al Poder Ejecutivo.

Esta reserva entiende PRIETO SANCHÍS⁶² que es una “reserva absoluta”, en cuya virtud el legislador es el que debe regular directamente los aspectos

⁵⁹ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, op.cit., pg. 203.

⁶⁰ ALEX⁶⁰, R, “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, traducción de BERNAL, C., *REDC*, nº. 66, 2002, pp.13 y ss.

⁶¹ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg.151.

⁶² PRIETO SANCHÍS, L., “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 2, 1983, pg. 172.

relevantes del régimen jurídico de estos derechos, de manera que el reglamento sólo puede dictarse para regular los simples detalles necesarios para la ejecución de las leyes.

En todo caso, como indica BALAGUER CALLEJÓN, la reserva de ley implica una normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el legislador, pero también permite apelar al reglamento para colaborar más allá de ese contenido mínimo y obligatorio, por lo que también es necesario plantearse cuáles son los criterios que rigen la relación entre ley y reglamento en estos casos.

Al respecto, señala tres criterios: en primer lugar, la reserva de ley no significa que el legislador deba regular hasta los últimos detalles de la materia de que se trate, sino más bien el marco de los derechos y deberes de los ciudadanos respecto de dicha materia; en segundo lugar, el criterio de la previsibilidad de la normativa, de manera que el ciudadano conozca sus derechos y obligaciones con la sola consulta de la ley; y, en tercer lugar, la habilitación por ley al reglamento para desarrollar las reglas necesarias para la ejecución de la ley, así como su capacidad para integrar vacíos normativos claramente apreciables.⁶³

La Constitución establece además otra reserva de ley, de ley orgánica, para regular “el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas” (en su artículo 81.1), prohíbe “desarrollar” los derechos fundamentales y libertades públicas mediante decretos-legislativos (artículo 82), y prohíbe a los Decretos-Leyes “afectar” a los derechos del Título I de la Constitución (artículo 86).

La rigidez de la reforma constitucional y la exigencia de leyes orgánicas contribuyen a mitigar los peligros que destacaba ZAGREBELSKY⁶⁴ en referencia a las “cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de *do ut des*”, que acaban siendo “contradictorias, caóticas, oscuras y, sobre todo, expresan la idea de que –para conseguir el acuerdo- todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles. (...)”

Entiende JIMÉNEZ CAMPO que la noción constitucional de “regulación del ejercicio” posee un alcance amplio e inespecífico, alusivo a cualquier modo de afectación del derecho, considerando que abarca tanto el “desarrollo” (a que se refiere el artículo 81.1 CE) de un derecho fundamental de la Sección 1ª del Capítulo II, como la “delimitación” por el legislador del derecho de propiedad (a que se refiere el artículo 33 CE), o la ordenación de un derecho de configuración legal (como sería el caso de los derechos reconocidos en los artículos 23 y 24 CE, que vienen siendo considerados derechos de configuración legal).

Por tanto, la reserva de ley incluye cualquier afectación normativa de un derecho fundamental, tanto si dicha regulación se realiza por expreso

⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, pg. 112.

⁶⁴ ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, Justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pg. 38 y ss., citado por MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites...*, op.cit., pg. 97.

mandamiento de la Constitución, como si no.⁶⁵ Por su parte, MARTÍNEZ-PUJALTE⁶⁶ considera que la ley ha de regular los procedimientos y formalidades para el ejercicio del derecho, y ARAGÓN REYES⁶⁷ destaca el papel de la ley como garante no sólo del derecho concreto, sino del sistema de derechos, pues no hay derechos absolutos.

Por otro lado, se ha planteado si tienen el mismo alcance las reservas de ley de los artículos 53 y 81 CE. Parte de la doctrina considera que su ámbito es distinto, por entender que no es lo mismo “desarrollar” los derechos fundamentales (expresión del artículo 81), que “regular el ejercicio” de tales derechos (expresión del artículo 53).

En cambio, autores como MUÑOZ ARNAU consideran que la reserva del artículo 81 no tiene un alcance distinto a la del artículo 53, sino que se limita a añadir el carácter orgánico de la ley cuando se trate de regular los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución. En conclusión, no parece que el alcance de ambas reservas sea distinto, sino que la diferencia radica en que el artículo 81 opta por un tipo concreto de ley.

Finalmente, la reserva de ley es calificada como absoluta o relativa, según que se admita o no la colaboración del reglamento con la ley para regular la materia de que se trate. Como ejemplo, se considera que la reserva de ley en materia penal es absoluta.

En todo caso, cuando nos hallemos ante una reserva de ley relativa, ello no puede entenderse como habilitante para una deslegalización de la materia, es decir, no cabe la habilitación legal en blanco a favor del reglamento. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 83/1984, señaló que la reserva de ley “no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias”, si bien deben cumplir unos límites que se resumen “en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.

3.2.- El contenido esencial de los derechos fundamentales

El artículo 53.1 CE obliga al legislador a respetar el “*contenido esencial*” de los derechos fundamentales, que también ha de ser respetado por el Poder judicial

⁶⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op.cit., pg. 61 y ss.

⁶⁶ MARTINEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, pg. 75 y ss.

⁶⁷ ARAGÓN REYES, M., “Constitución y Derechos Fundamentales”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Tomo I, Universidad de Murcia, Murcia, 1997, pg. 102.

y los restantes poderes públicos. De esta manera, como indica GARCÍA MORILLO⁶⁸, se evita el riesgo de que el reconocimiento constitucional del derecho fundamental sea puramente “formal”, pues el derecho fundamental es dotado por la propia Constitución de un contenido material que ha de ser, por tanto, respetado por el legislador ordinario.

La noción de “contenido esencial” parece aludir a aquellos aspectos o facultades que hacen reconocible un derecho y sin los cuales éste no existiría como tal derecho. El problema radica en encontrar ese contenido esencial de cada derecho, pues la Constitución en numerosas ocasiones no expresa literal ni detalladamente el contenido de los derechos que enuncia.⁶⁹

Así, la garantía del contenido esencial implica, siguiendo a BALAGUER CALLEJÓN⁷⁰, al menos dos aspectos: la garantía de que existe un contenido mínimo del derecho, definido expresamente en el texto constitucional, en el caso de algunos derechos fundamentales, y, en los restantes, la garantía de que existe un contenido mínimo que, pese a no estar definido expresamente en el texto constitucional, no puede ser relativizado ni anulado.

Existen varias teorías explicativas del concepto de contenido esencial de los derechos fundamentales, destacando la teoría absoluta, que aprecia la existencia de círculos concéntricos alrededor del núcleo duro del derecho, y la teoría relativa, que determina dicho contenido esencial por medio de una ponderación.⁷¹ Por su parte, la STC 11/1981 alude a dos métodos para aproximarse al “contenido esencial” de los derechos fundamentales, que considera complementarios.

El primer método consiste en acudir a la naturaleza jurídica o el modo de concebir o configurar cada derecho. Así, hay que establecer una relación entre el lenguaje utilizado por las disposiciones normativas y lo que algunos autores han denominado como el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas por los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho.

Por tanto, el tipo abstracto del derecho preexiste conceptualmente al momento de su configuración o reflejo legal, de manera que el tipo abstracto resulta reconocible en la regulación concreta. Según este método, pues, el

⁶⁸ LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 472.

⁶⁹ En efecto, las Constituciones no tienen ni la extensión ni el casuismo de otros textos legales. (DE VEGA GARCÍA, P., *Prólogo a la Constitución Española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996, pg. 12).

⁷⁰ BALAGUER CALLEJÓN, F., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Tecnos, Madrid, 2009, pg. 358.

⁷¹ Sobre las distintas teorías, puede verse DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas: (el derecho a saber y la obligación de callar)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pg. 186 y ss.

contenido esencial de un derecho subjetivo se compone de aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como tal, es decir, como perteneciente al tipo abstracto, y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo.

El segundo método, según lo expuesto en la citada sentencia, consiste en hallar los intereses jurídicamente protegidos, y que serían el núcleo de los derechos subjetivos. Así, el contenido esencial del derecho fundamental es entonces aquella parte de su contenido que resulta imprescindible para que los intereses protegidos a través del establecimiento de este derecho tengan protección real y efectiva. En esta línea, puede decirse que el contenido esencial de un derecho queda lesionado cuando se le imponen al derecho límites que lo hacen impracticable o lo privan de suficiente protección.

En esta línea, JIMÉNEZ CAMPO (citado a su vez por MUÑOZ ARNAU⁷²) indica que “la declaración constitucional del derecho supone la apelación a una imagen de cultura que la tradición jurídica, convocada por la Constitución, proporciona al intérprete”.⁷³ Ahora bien, el tipo abstracto del derecho, previo a su reconocimiento legal, no es una categoría fija, sino que evoluciona históricamente. En este sentido el Tribunal Constitucional indica que “es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular” (ver la STC 11/1981).

Por tanto, el legislador, al regular los derechos fundamentales, también los interpreta, y los va interpretando de distinta manera, “de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen” (STC 11/1981). Cuando se pone en cuestión si esta interpretación del legislador ha respetado el “contenido esencial” del derecho fundamental, de lo que se trata entonces es de examinar si en ella resulta reconocible o no la imagen del derecho que viene dada por esa tradición jurídica-cultural, o dicho de otra manera, por las “ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”. (SSTC 11/1981 FJ y 49/1988).

Pero, como señala PRIETO SANCHÍS⁷⁴, acudir a las convicciones generalmente aceptadas por los juristas “no deja de ser una bienintencionada invitación a la retórica del intérprete, que en el fondo ha de construir con sus propias manos el sentido de una fuente constitucional”. Al final, el contenido esencial es “lo que el legislador y el juez de la constitucionalidad dicen que es”. Concluye PRIETO SANCHÍS que la garantía del contenido esencial cumple dos funciones:

- Comprobar que al final de la tarea del legislador el derecho sigue siendo reconocible.

⁷² MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites...*, op.cit., pg. 93.

⁷³ También VILLASEÑOR GOYZUETA ha puesto de manifiesto el carácter dinámico de la Constitución. (VILLASEÑOR GOYZUETA, C.A., *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2003, pg. 52).

⁷⁴ PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional...*, op.cit., pg. 217.

- Conexión con el principio de ponderación (proporcionalidad), aunque parece confundirse con él. Y es que la doctrina viene considerando que el contenido esencial de los derechos fundamentales es a su vez límite de los límites que el legislador puede imponer a los derechos fundamentales al regularlos.⁷⁵

3.3.- El legislador y el juicio de proporcionalidad

Ya se ha analizado el significado del principio de proporcionalidad como límite a los límites de los derechos fundamentales. Cabe añadir aquí que dicho principio tiene por destinatarios a todos los Poderes del Estado⁷⁶, aunque según la doctrina, no opera de igual modo respecto de ellos. Así, opera con menos intensidad respecto del legislador, ya que la posición constitucional de éste en la elección de los fines a perseguir y los medios para conseguirlos no permite un control excesivamente denso por parte del Tribunal Constitucional⁷⁷, que se ha mostrado muy cauteloso al respecto, reconociendo en casi todas sus sentencias un amplio margen de discrecionalidad del Legislador.

En la fase de aplicación de la ley por los jueces y la Administración, el control sí es más denso, por varios factores, como la existencia de un caso concreto, no abstracto, la vigencia del principio de legalidad y la posibilidad de controlar la finalidad perseguida por la medida de que se trate, así como determinar si existen alternativas menos gravosas para conseguirla.

3.4.- Los denominados “derechos de configuración legal”

El artículo 23.2 CE establece el derecho de acceder a las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad “*con los requisitos que señalen las leyes*”. Esta expresión entrecomillada ha determinado que el derecho fundamental del que tratamos sea considerado como un “derecho de configuración legal”, tanto por la doctrina mayoritaria como por la jurisprudencia constitucional.

⁷⁵ CÁMARA VILLAR, G., AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Tecnos, Madrid, 2009, pg. 66, y FREIXES SANJUÁN, T., “Contenido esencial de los derechos fundamentales” en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001, pg. 131.

⁷⁶ El principio de proporcionalidad ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional tanto en relación con la aplicación del Derecho por los poderes públicos (pudiendo citarse, entre otras muchas, la STC 207/1996, sobre obtención de pruebas en la investigación de un delito y la STC 86/1995, sobre intervención telefónica), como para controlar la proporcionalidad del legislador (ver las SSTC 55/1996, 132/1989, 179/1994, 76/1996 y 136/1999, entre otras).

⁷⁷ GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad...*, op.cit., pg. 118.

Como es lógico, todos los derechos fundamentales necesitan de la colaboración de la ley para perfilar su contenido.⁷⁸ Sin embargo, esta colaboración de la ley es muy intensa en el caso de los derechos de configuración legal. Como tales califica el Tribunal Constitucional, especialmente, a los derechos fundamentales enunciados en los artículos 23 y 24 CE. Concretamente, la STC 25/1990 lo define como aquél en que “la delimitación de su contenido y perfiles concretos queda encomendada a la ley”.

Puede citarse la STC 27/2000, que indica que “el Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que «el derecho fundamental del artículo 23.2 es un derecho de configuración legal (...), y esa configuración comprende los Reglamentos parlamentarios a los que compete regular y ordenar los derechos y atribuciones que los parlamentarios ostentan”.

También la STC 228/2006⁷⁹ indica que “el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación de configuración legal, por lo que su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que en cada caso establezca el legislador”. (Cosa distinta es que el legislador no puede, dado su carácter de derecho fundamental, fijar obstáculos o trabas arbitrarias o caprichosas).

Autores como GARCÍA ROCA consideran que la categoría de derecho de configuración legal no es suficientemente precisa, y su alcance no ha sido adecuadamente precisado por el Tribunal Constitucional.⁸⁰ REQUEJO PAGES intenta establecer la delimitación del concepto en el hecho de que la mayoría de los derechos necesitan al menos la intervención legislativa para regular las condiciones de su ejercicio, pero en los derechos de configuración legal esa intervención legislativa es más intensa, ya que “los conforma en su contenido”, aunque respetando el contenido esencial de los mismos.⁸¹

Así, se trata de derechos que están descritos en la Constitución con tal abstracción y generalidad, que es preciso concretar su contenido a través de la ley. Tal y como indica también PÉREZ TREMP, el legislador tiene un amplio margen de maniobra en el caso de los citados derechos de configuración legal, a los que

⁷⁸ Excepto aquellos derechos que, como la inviolabilidad del domicilio, sólo requieren la mera pasividad del poder público (REQUEJO PAGÉS, J.L., “Derechos de configuración legal”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001, pgs. 134 a 136).

⁷⁹ En igual sentido las SSTC 1/2007 y 144/2008.

⁸⁰ GARCÍA ROCA, J., “La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España”, en AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Coord. PÉREZ TREMP, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pg. 66.

⁸¹ REQUEJO PAGES, J.L., “Derechos de configuración legal”, op.cit., pgs. 134 a 136.

define como “derechos que la propia Constitución reconoce y garantiza en función de su concreción por el legislador”.⁸²

En esta línea, JIMÉNEZ CAMPO⁸³ indica que no son derechos de configuración legal todos los derechos fundamentales que admitan algún tipo de intervención legal para su ordenación, sino, de modo más estricto, aquellos derechos “atribuidos a los individuos por la Constitución en términos de una titularidad abstracta o potencial (...) que se concretará sólo en conexión con la ley”. Así, incluye en esta categoría a los derechos de participación (artículos 23 y 27.7 CE), a los derechos prestacionales (24 y 27.1 y 5 CE) y a los que se reconocen en el seno de una institución garantizada (artículos 33 y 38 CE) o prevista por la Constitución (artículo 30.2 CE).

Por su parte, DIEZ PICAZO⁸⁴ define los derechos de configuración legal como aquellos que “aún estando reconocidos por la Constitución, están necesitados de un complemento legislativo que termine de diseñar su contenido”, por lo que “no son susceptibles de ejercicio en ausencia de un adecuado desarrollo por parte del legislador”. En esta línea, FOSSAS ESPADALER⁸⁵, considera que el derecho de configuración legal “no nace de la Constitución, sino de la ley”. Justifica esta conclusión, siguiendo a SOLOZÁBAL⁸⁶, indicando que los derechos democráticos necesitan de una delimitación legal, y añade que el propio Tribunal Constitucional lo ha reconocido en sentencias como la 8/1985.

En particular, respecto del derecho de acceso a los cargos públicos, señala que el mismo “viene garantizado por la ley y no por el artículo 23.2 CE”; y cita la STC 50/1986, que indicó que “no nace de este precepto, como es obvio, derecho alguno a la ocupación de cargos o al desempeño de funciones determinadas y ni siquiera derecho a proponerse como candidato para los unos o las otras. El derecho a tomar parte en el procedimiento (selectivo o electivo) que ha de llevar a la designación y *a fortiori* el derecho a esta misma, sólo nace de las normas legales o reglamentarias que disciplinan, en cada caso, el acceso al cargo o función en concreto”.

Pues bien, el concepto de derechos “de configuración legal”, según se desprende de lo expuesto por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, tiene consecuencias en dos ámbitos:

⁸² PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de Amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pg.57.

⁸³ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op.cit., pg. 42.

⁸⁴ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema de Derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2008, pgs. 114 a 116.

⁸⁵ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pg. 127 y ss.

⁸⁶ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos, (nueva época)*, n^o. 71, 1991, pg. 90.

a) En la determinación del papel que las fuentes del Derecho juegan en la regulación de estos derechos (margen de discrecional del que dispone el legislador, y relación entre la ley y el reglamento a la hora de regular estos derechos).

b) En la determinación de cuál ha de ser el papel del recurso de amparo respecto de la protección de este derecho fundamental. Se trata de la cuestión de la distinción entre lo que vienen denominándose “cuestiones de legalidad” y “cuestiones de constitucionalidad”, pues parece que el Tribunal Constitucional no debería de entrar a analizar las “cuestiones de legalidad”. Éstas consistirían en la discusión acerca de la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos reguladores del derecho fundamental. Según parte de la doctrina, esta discusión correspondería sólo a la Jurisdicción Ordinaria y no debería ser susceptible de análisis en sede de recurso de amparo constitucional. En particular, se ha entendido, respecto de los derechos de configuración legal, que corresponde a la Jurisdicción Ordinaria la interpretación de la legalidad reguladora de estos derechos, de manera que si la interpretación del Juez Ordinario es razonada y no arbitraria, el Tribunal Constitucional no debe modificar esta interpretación.

Lo cierto es que ambos aspectos se confunden a veces en la propia doctrina, pues, tal y como indica JIMÉNEZ CAMPO⁸⁷, se ha hecho una distinción entre cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de mera legalidad, diversificación que “penetra en el ámbito de los derechos fundamentales de una singular manera: conduce a su identificación material, muchas veces, según criterios exclusivamente obedientes a la división de funciones entre el juez ordinario y el juez constitucional. La cuestión sustantiva del contenido del derecho viene así condicionada, a menudo, por la cuestión jurisdiccional”. Sin embargo, una cosa es entender que no todas las infracciones de la legislación reguladora del derecho fundamental deben ser enjuiciables en sede constitucional, y otra cosa es utilizar este criterio para delimitar el contenido del derecho fundamental del que tratamos.

4.- GARANTÍAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL RECURSO DE AMPARO

4.1.- Características del recurso de amparo

Para poder hablar con rigor de la existencia de derechos subjetivos es preciso que el titular de los mismos disponga de la posibilidad de exigir y obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados.⁸⁸ Como indica DÍEZ-PICAZZO⁸⁹, la

⁸⁷ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op.cit., pg. 91.

⁸⁸ PRIETO SANCHÍS, L., “El sistema de protección...”, op.cit., pg. 370.

expresión “garantías de los derechos fundamentales” hace referencia al conjunto de medios que el Ordenamiento Jurídico establece para protegerlos. Y los derechos fundamentales cuentan con unos mecanismos de protección reforzada, que son el procedimiento agravado de reforma de la Constitución, su desarrollo ha de ser regulado por ley orgánica⁹⁰, el juicio preferente y sumario ante la Jurisdicción Ordinaria, el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y la institución del Defensor del Pueblo. Además, dado que los derechos fundamentales también se ubican en el Capítulo II del Título I de la Constitución, cuentan con las garantías generales del artículo 53.1 CE, a saber:

- Tales derechos vinculan directamente a todos los poderes públicos.
- La ley que los regule debe respetar el contenido esencial de tales derechos.
- El recurso de inconstitucionalidad contra las leyes que los lesionen.

De algunas de estas garantías ya se ha tratado en otras partes del presente Capítulo. Por tanto, trataremos aquí, de forma resumida, del juicio preferente y sumario ante la Jurisdicción Ordinaria y el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Es obvio que el cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales es su protección jurisdiccional, ya que solamente cuando un derecho puede ser alegado por su titular ante un órgano judicial, cabe hablar realmente de protección integral.⁹¹ El artículo 53.2 CE establece que los derechos fundamentales serán protegidos a través de un proceso judicial preferente y sumario.

Como indica GARCÍA MORILLO⁹², este proceso no es un mecanismo único, sino que, debido a la compleja estructura procesal española, articulada sobre la base de la pluralidad de órdenes judiciales, se compone de procesos específicos en cada orden, sin que existan órganos judiciales específicos para las cuestiones que versen sobre los derechos fundamentales. Por lo que se refiere al control judicial de los procesos selectivos de acceso al empleo público, debe destacarse la existencia del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁹³.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema...*, op.cit., pg. 69.

⁹⁰ Son las denominadas “garantías de regulación”, en términos de PECES-BARBA. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso...*, op.cit., pg. 505).

⁹¹ Op.cit., pg. 513.

⁹² LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 491.

⁹³ Un análisis más detallado puede verse en GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales: doctrina, Jurisprudencia, formularios generales y casos prácticos con formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional constituye una garantía adicional para los derechos fundamentales, en cuya virtud el propio Tribunal Constitucional se ocupa de restablecer el respeto a estos derechos resolviendo las demandas de amparo presentadas por los ciudadanos que entienden vulnerados sus derechos fundamentales. Por tanto, es la “pieza final” del sistema de garantías de los derechos fundamentales⁹⁴. Adicionalmente, tiene la función de facilitar que el Tribunal Constitucional emita una interpretación de la Constitución Española en materia de derechos fundamentales, que además vincula a los poderes públicos y a los órganos judiciales en particular, según lo dispuesto en los artículos 161 CE y 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.⁹⁵ Por tanto, el Tribunal Constitucional tiene el papel de intérprete definitivo de los derechos fundamentales, no limitándose a resolver casos concretos.⁹⁶ Esta doble función del Tribunal Constitucional es lo que GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ⁹⁷ denomina como “carácter híbrido”.

Ahora bien, la protección primaria de los derechos fundamentales corresponde a la Jurisdicción Ordinaria. Este esquema justifica que el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional haya quedado como un remedio extraordinario y suplementario respecto de la jurisdicción ordinaria, como un recurso de carácter subsidiario.⁹⁸ La Constitución no indica expresamente este carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional. En la redacción inicial del Anteproyecto de Constitución se configuraba como un recurso extraordinario, y también, hasta los momentos finales, el artículo 161.1.a) recogía la expresión “*hubiese sido desestimada la reclamación ante los otros Tribunales*”. Finalmente, esta última expresión se sustituyó por la actual de “*en los casos y formas que la ley establezca*”, por lo que la doctrina mayoritaria concluye que no resulta tan evidente que en la voluntad del legislador quedara eliminado ese carácter subsidiario. Por tanto, sí existía en la mente del legislador constituyente la idea de que para acudir a la jurisdicción constitucional era preciso agotar previamente las vías ante la jurisdicción ordinaria. En todo caso, el legislador ordinario ha confirmado el carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional en los artículos 43 y 44 de la LOTC, que exigen el previo agotamiento de la vía judicial existente y la invocación formal ante la Jurisdicción Ordinaria de la presunta vulneración del derecho fundamental de que se trate. El propio Tribunal Constitucional reiteró tal

⁹⁴ PÉREZ TREMPES, P., “Recurso de amparo”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001, pg. 66.

⁹⁵ GARCÍA MORILLO, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 502, y Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema...*, op.cit., pg. 89.

⁹⁶ CASCAJO, J.L., y GIMENO, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984, pg. 58.

⁹⁷ GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000, pg. 121.

⁹⁸ BORRAJO INIESTA, I., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pg. 119.

carácter subsidiario del recurso de amparo constitucional desde el principio, en sentencias como las SSTC 1/1981 y 185/1990.

4.2.- El papel del recurso de amparo: las “cuestiones de legalidad ordinaria”

Gran parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional vienen distinguiendo entre “cuestiones de legalidad” y “cuestiones de constitucionalidad”, considerando que en sede de recurso de amparo constitucional no procede analizar las “cuestiones de legalidad”, que son las relativas a la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos reguladores del derecho fundamental, cuestiones que correspondería analizar sólo a la Jurisdicción Ordinaria⁹⁹. Se entiende que, en caso contrario, el Tribunal Constitucional se convertiría en una tercera o cuarta instancia judicial. Habría entonces una “constitucionalidad” susceptible de amparo y una “constitucionalidad” no susceptible de amparo.¹⁰⁰

Como se ha indicado en esta tesis doctoral, el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad viene siendo considerado como un derecho “de configuración legal”, por lo que la problemática sobre la procedencia o no de analizar en sede constitucional las cuestiones de legalidad toma mayor relevancia en relación con este derecho fundamental. Además, el Tribunal Constitucional está saturado por la avalancha de recursos de amparo de los últimos años. La problemática venía solventándose a través del antiguo artículo 50.1.c) LOTC, que establecía como causa de inadmisión la “*falta de contenido constitucional*” de la demanda de amparo, y que era aplicado por el Tribunal Constitucional en los casos en que consideraba que la cuestión suscitada era de mera legalidad ordinaria. Estas y otras circunstancias han desembocado en la reciente reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que ha introducido un nuevo requisito para la admisibilidad del recurso de amparo, consistente en que la vulneración del derecho fundamental *tenga “relevancia constitucional”*. Parece claro, pues, que, a partir de esta reforma, no toda vulneración de un derecho fundamental va a ser objeto de recurso de amparo. En los próximos párrafos se efectúan algunas reflexiones acerca del papel del recurso de amparo constitucional antes y después de esta reforma legal, porque la cuestión afecta al derecho fundamental objeto del presente trabajo.

Especialmente en el caso de los derechos de configuración legal, la doctrina viene destacando la dificultad para establecer la línea divisoria entre

⁹⁹ Al respecto, indica PÉREZ TREMPES, P. que “en cierto sentido, el Tribunal Constitucional es un juez de la constitucionalidad, mientras que los jueces y tribunales ordinarios lo son de la legalidad y de la constitucionalidad”, de manera que “la legalidad queda en manos de los jueces ordinarios”. (PÉREZ TREMPES, P., *El recurso de Amparo*, op.cit., pg. 55).

¹⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, P., “Sobre el amparo”, *REDC*, nº. 41, 1994.

cuestiones relativas a los derechos fundamentales y cuestiones de legalidad ordinaria. Al respecto, se pregunta DIEZ PICAZO¹⁰¹ cuándo es el desarrollo legal de un derecho fundamental lo suficientemente significativo o relevante como para justificar su toma en consideración para resolver el recurso de amparo constitucional, indicando que “la determinación exacta de la mencionada frontera (...) comporta cierto grado de discrecionalidad; pero la seguridad jurídica y el mantenimiento bajo control de la carga de trabajo que pesa sobre el propio Tribunal exigen que se haga con nitidez”.

Y es que las vacilaciones del Tribunal Constitucional sobre el alcance de ciertas causas de inadmisión del recurso de amparo (fundamentalmente la del antiguo artículo 50.1.c) LOTC consistente en la “falta de contenido constitucional” de la demanda de amparo) vienen motivadas por el “desconcierto irresoluble” causado por la “imposibilidad de deslindar” con precisión los ámbitos de la estricta legalidad ordinaria y la constitucionalidad.¹⁰² Esta dificultad para separar ambos tipos de cuestiones ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 50/1984, en la que indica que la jurisdicción constitucional no puede prescindir “del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada”.

Por otro lado, y como también indica PÉREZ TREMPs¹⁰³, en relación con la mencionada colaboración entre la ley y la Constitución, en ocasiones la protección de la Jurisdicción Constitucional se extiende no sólo a facetas del derecho fundamental expresamente establecidas en el articulado de la Constitución, sino también “a contenidos adicionales, cuya concreción corresponde, como es lógico, al legislador e, incluso, en otros casos, a fuentes como el reglamento o, incluso, los convenios colectivos”.

Y, refiriéndose a la libertad sindical, la STC 70/2000, es clara al indicar que “los sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales atribuidos por normas legales o convenios colectivos que pasen a engrosar o a añadirse a aquel núcleo esencial, como los de representación institucional y de promoción y presentación de candidaturas en las elecciones para órganos de representación de los trabajadores en las empresas y en las Administraciones Públicas. De este modo, el derecho fundamental de libertad sindical se integra no sólo por su contenido esencial mínimo indispensable, sino también por estos derechos o facultades adicionales de origen legal o convencional colectivo, con la

¹⁰¹ DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema...*, op.cit., pgs. 114 a 116.

¹⁰² CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A.J., MEDINA GUERRERO, M., y REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, MC Graw Hill, Madrid, 2000, pg. 125.

¹⁰³ PÉREZ TREMPs, P., *El recurso de Amparo*, op.cit., pg. 58.

consecuencia de que los actos contrarios a estos últimos son susceptibles de infringir el artículo 28.1 CE”.

La cuestión que aquí se trata ha sido analizada muy especialmente en el ámbito del derecho de acceso a cargos públicos representativos. Aquí tratamos del acceso a cargos públicos no representativos (función pública), pero existe identidad de razón, pues en ambos casos se trata del acceso a un cargo en condiciones de igualdad. Aunque sí debe indicarse que el Tribunal Constitucional ha definido el alcance o papel de su labor de manera distinta, según se trate del derecho de acceso a cargos públicos representativos o a cargos públicos no representativos.

4.2.1.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos representativos

Un interesante análisis sobre la cuestión es el realizado por GARCÍA ROCA¹⁰⁴ en relación con el derecho de sufragio pasivo, donde indica que caben dos opciones:

a) Admitir que existe una absoluta confusión o solapamiento de jurisdicciones, de manera que toda la ley electoral sería contenido del derecho fundamental de sufragio pasivo, y, por tanto, el Tribunal Constitucional en sede de recurso de amparo podría analizar la interpretación que de dicha ley ha realizado el Juez Ordinario.

b) Intentar diferenciar entre lo que es desarrollo directo del derecho fundamental y lo que no lo es, lo cual implicaría poder distinguir entre el control de la regularidad electoral (que serían cuestiones de legalidad que corresponderían a la Jurisdicción Ordinaria) y los aspectos que interesan a la Jurisdicción constitucional. Respecto de las cuestiones de legalidad, el Tribunal Constitucional se limitaría a constatar que la interpretación o motivación del Juez no ha sido arbitraria, inexistente o afectada por un error manifiesto o notorio.

GARCÍA ROCA parece alinearse más bien con la segunda opción, aunque reconoce que alberga “amplias dosis de inseguridad” a la hora de saber dónde empieza el contenido del derecho fundamental y acaba la legalidad electoral, “suponiendo que ambos espacios puedan ser nítidamente distinguidos”.¹⁰⁵ En realidad, la clave es que ambos espacios no pueden distinguirse: el derecho de sufragio pasivo es un derecho de configuración legal y, por tanto, si se infringe la ley electoral y, como consecuencia de ello, quien tenía derecho a ser elegido resulta no elegido, se ha vulnerado el derecho de sufragio pasivo.

¹⁰⁴ GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos, un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

¹⁰⁵ Op.cit., pgs. 240 y 246.

Así, el Tribunal Constitucional, en cuanto al derecho de sufragio electoral, ha estado más cercano a la opción a), pues, respecto de las irregularidades del proceso electoral (que afectan a la fase de proclamación de electos), ha considerado, en la mayoría de los casos, que, si son determinantes del resultado de la elección, son revisables en amparo, para garantizar el derecho de sufragio pasivo y, asegurar que son elegidos los candidatos que realmente fueron preferidos por el cuerpo electoral. Y esta revisión la realiza aunque la sentencia del Juez no sea arbitraria o manifiestamente infundada.¹⁰⁶ Así, la STC 21/1984 indica que la igualdad y la democracia precisan “del cumplimiento escrupuloso de las reglas de elección de modo que se excluya toda manipulación alteradora de la voluntad del cuerpo electoral”.¹⁰⁷ También la STC 71/1989 indica que el derecho de sufragio pasivo es “un derecho de mediación legal” (cuya regulación básica se encuentra en la LOREG), por lo que “es obligado integrar en este derecho la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección”, y así puedan ser proclamados los candidatos que hayan sido realmente preferidos por el cuerpo electoral.

Ahora bien, otra cosa es que no toda vulneración de la normativa electoral tiene trascendencia constitucional. Efectivamente, sólo procede analizar en sede de recurso de amparo constitucional aquellas vulneraciones que alteren el resultado electoral, porque ahí es donde se produce la lesión real del derecho de sufragio pasivo.¹⁰⁸ No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional no siempre resulta del todo clara y unidireccional. En este sentido, GARCÍA ROCA¹⁰⁹ hace referencia a algunas sentencias que inicialmente pueden parecer exponentes de una tesis más restrictiva por parte del Tribunal Constitucional respecto del control en sede de amparo de la aplicación de la legalidad electoral. Sin embargo, estas sentencias en el fondo no están postulando que el Tribunal Constitucional deba abstenerse de analizar la aplicación de la ley electoral:

- La STC 105/1991 señala que el Tribunal Constitucional no actúa como procedimiento para la unificación de doctrina en la interpretación de la legalidad electoral. Pero se deja claro que sí procede analizar si ha existido alguna irregularidad o infracción de la legislación electoral que redunde en una lesión de derechos fundamentales.

¹⁰⁶ En cuyo caso más bien se trataría de una vulneración del derecho a obtener una sentencia motivada y no arbitraria, es decir, una violación del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

¹⁰⁷ En la STC 169/1987, el Tribunal Constitucional se adentró en analizar cuál era la interpretación más correcta del artículo 113.2 d) LOREG, revocando la interpretación que del mismo había realizado el juez, que no había sido arbitraria o desprovista de razonamientos.

¹⁰⁸ Ver las SSTC la 21/1984, 71/1989, 79/1989, 185/1999, 153/2003, 154/2003, 26/2004, 135/2004 y 188/2007, entre otras muchas.

¹⁰⁹ GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos...*, op.cit., pg. 206.

- La STC 71/1989 indica que no cabía realizar una revisión de los hechos o una sustitución de la valoración probatoria judicial por la de la entidad actora, en cuanto que no se advertía “error notorio o arbitrariedad” que afectase al resultado final de la elección. Pero también indica que “el derecho fundamental incluye también (...), el respeto a las garantías formales establecidas en el procedimiento electoral”, motivo por el cual “se hace obligado examinar si los errores o infracciones (...) alcanzan la entidad suficiente para ser estimadas lesivas del derecho de sufragio pasivo. (...) desde la perspectiva del derecho de sufragio pasivo, es obligado integrar en este derecho la exigencia de que las normas electorales sean cumplidas en cuanto constituyen garantía del correcto desarrollo de la elección de modo que culmine con la proclamación de los candidatos que hayan sido preferidos por el cuerpo electoral”.

- La STC 169/1987 analiza cuál era la interpretación más adecuada del artículo 113.2.d) LOREG, y la STC 78/1989 analiza cuál era la interpretación más adecuada del artículo 108 LOREG.

Como resumen de la doctrina mayoritariamente emanada por el Tribunal Constitucional podemos citar las SSTC 24, 25, 26 y 27/1990. En la STC 24/1990, se analiza si, existiendo dos mesas electorales con irregularidades, procede o no anular las elecciones en toda la circunscripción. Parte de la doctrina considera que el Tribunal Constitucional se excedió en sus competencias al analizar el modo en que había que interpretar la ley, porque la sentencia del juez ordinario no había sido arbitraria ni estaba falta de motivación.¹¹⁰ La citada sentencia indica que “si la interpretación de la legalidad, en sí misma explícita, razonada y motivada en términos de Derecho, contiene razonamientos y pronunciamientos lesivos de un derecho fundamental, podrá ser anulada en esta sede¹¹¹ (...) nada que concierna al ejercicio por los ciudadanos de los derechos que la Constitución les reconoce, podrá considerarse nunca ajeno a este Tribunal (...) El Tribunal Constitucional debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si la interpretación de la legalidad configuradora de los derechos fundamentales se ha llevado a cabo *secundum Constitutionem* y, en particular, si dados los hechos apreciados por el órgano judicial, la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental aquí comprometido (STC 79/1989 antes citada). De no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional”.¹¹²

Por su parte, la STC 185/1999 analiza un caso en que la interpretación que hacen la Junta Electoral y el órgano judicial sobre la ley electoral determinó la pérdida para el recurrente de un puesto en el Consejo Comarcal. El Tribunal Constitucional considera que la interpretación de la ley llevada a cabo por la Junta

¹¹⁰ PÉREZ ROYO, J., “Sobre la sentencia”, *El País*, 17 de febrero de 1990, pg. 12.

¹¹¹ En igual sentido la STC 135/2004.

¹¹² Igual razonamiento se contiene, entre otras, en las SSTC 80/2002 y 185/1999.

Electoral no es irrazonable o arbitraria, pero añade que es preciso realizar “una indagación de carácter sustantivo, que no se cumple, por tanto, con el simple reconocimiento de la razonable interpretación que exhiben, como es el caso, las resoluciones administrativa y judicial impugnadas”. Puede citarse también la STC 26/2004, que indica que “el análisis y la solución de la queja sometida a nuestro amparo exige que este Tribunal efectúe un examen del régimen contenido en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que se trate de cuestiones de legalidad ordinaria, ya que la interpretación de los preceptos legales resulta en este caso determinante de la suerte del derecho fundamental cuestionado”.

La conclusión a la vista de lo expuesto, es, pues, que, en relación con el derecho de sufragio pasivo, el Tribunal Constitucional, en sede de amparo constitucional, analiza también la interpretación que el Juez Ordinario ha realizado de la ley, puesto que esta interpretación puede haber lesionado el derecho de acceso al cargo público si es incorrecta. Y esta afirmación no se ve alterada por el hecho de que el derecho de sufragio pasivo sea un derecho de configuración legal, sino que hasta se ve reforzada por ello. Así, como concluye MARRERO GARCÍA-ROJO¹¹³, al tratarse de un derecho de configuración legal, precisamente es preciso no sólo el respeto a la igualdad, sino también el respeto a las previsiones normativas que regulan tal derecho.

4.2.2.- El recurso de amparo y el acceso a los cargos públicos no representativos

A diferencia de lo sucedido con el derecho de sufragio, cuando se trata del derecho de acceso a cargos públicos no representativos (función pública), en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional se niega a entrar en el análisis de tales cuestiones de legalidad. Así, en el ATC 1239/1987 se expuso la siguiente doctrina (que ha sido mantenida en las SSTC 353/1993¹¹⁴ y 30/2008, entre otras):

“Procederá un enjuiciamiento en este proceso constitucional cuando se denuncie que para la provisión de tales empleos o cargos se han introducido por las Administraciones Públicas, explícitamente o no, referencias individuales, cuando, en otra hipótesis, haya existido quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función, o cuando, en fin, no

¹¹³ MARRERO GARCÍA-ROJO, A., “El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargos públicos representativos”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Dir. CASAS BAAMONTE, M^a.A., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009, pg. 569 y ss.

¹¹⁴ En esta sentencia el recurrente alegaba la incorrección de las respuestas de cuatro preguntas del examen. El Tribunal Constitucional indica que no procede analizar esa cuestión, incluso indica que “no ha existido vulneración del derecho de acceder a la función pública en condiciones de igualdad”.

se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado frente a la provisión final del puesto, otorgado, en esta hipótesis, en desprecio a los principios de mérito y de capacidad (artículo 103.3 de la Constitución). Lo que no cabe pedir en este recurso de amparo, desde luego, es que se entre a examinar y, en su caso, a rectificar la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinado puesto se llevó a cabo por el órgano exclusivamente llamado por la Ley a tal tarea, pretensión ésta que confundiría lo resuelto en un procedimiento necesariamente selectivo con la afectación del derecho ex artículo 23.2 de la Constitución y que entrañaría, por lo mismo, pedir a este Tribunal Constitucional algo que no entra en su jurisdicción”.

Hemos de indicar, sin embargo, que en estas sentencias se observa que la cuestión sobre el alcance del análisis a realizar en sede de amparo se entrecruza con la cuestión de la justiciabilidad de la discrecionalidad técnica, última cuestión ésta respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha sido muy restrictivo.¹¹⁵ En todo caso, el Tribunal Constitucional viene reiterando que “el derecho fundamental garantiza la igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública, con arreglo a las bases y al procedimiento de selección establecido, que han de ser aplicadas por igual a todos los participantes; impidiendo así que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, introduzca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes”¹¹⁶, y que “el derecho fundamental, reconocido por el artículo 23.2 CE, necesariamente se conecta con la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las bases que regulan el procedimiento de acceso a la función pública”. Por tanto, parece que procede analizar en sede de amparo constitucional la aplicación que la Administración y el juez han hecho de la legislación reguladora del proceso selectivo.

¹¹⁵ Igual sucede en la STC 40/1999. Sobre la discrecionalidad técnica, que no es objeto de análisis en la presente tesis doctoral, existe una amplia bibliografía, pudiendo descarse, de forma muy resumida, las obras de DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997, GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., “A Vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia Reciente y reflexiones críticas”, *REDA*, nº. 127, 2005, FERNÁNDEZ ESPINAR, L.C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 26, 2012, ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los procesos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Especial consideración de los órganos de calificación y su discrecionalidad técnica”, en AA.VV., *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, INAP, Madrid, 2002, PEÑARRUBIA IZA, J.M., “La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica”, *RAP*, nº. 136, 1995, PIÑAR MAÑAS, J.L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración”, *DA*, nº. 220, 1989, y PULIDO QUECEDO, M., “El control judicial de la discrecionalidad técnica ante el Tribunal Constitucional”, *RATC*, nº. 1. 2004.

¹¹⁶ STC 115/1996, con cita de las SSTC 193/1987 y 353/1993.

Sin embargo, también señala que “el artículo 23.2 no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos, ya que sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad de los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE”.¹¹⁷ Y esa “vulneración de la igualdad de los participantes” se produce sólo cuando las bases reguladoras del proceso selectivo se aplican de manera diferente a los participantes.

Así, la STC 115/1996, de 25 de junio, expone que “la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el artículo 23.2 CE, pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad”.¹¹⁸ De manera que, a juicio del Tribunal Constitucional, no se vulnera el artículo 23.2 CE si una interpretación errónea es aplicada por la Administración a todos los participantes. Este criterio es improcedente, como se expone en el apartado 3.2 del Capítulo 2 de esta tesis doctoral. Sí debe indicarse aquí, en cuanto al papel del recurso de amparo, que la doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse en lo siguiente (siguiendo las SSTC 353/1993 y 30/2008):

- El recurso de amparo no tiene por objeto la revisión genérica de la correcta interpretación de la legalidad llevada a cabo por los órganos constitucionalmente competentes para ello, sino que su objeto es realizar un juicio de constitucionalidad, no de mera legalidad ordinaria.

- Si se trata de una controversia en la ejecución de un procedimiento selectivo dotado de unas bases adecuadas a las exigencias constitucionales, lo que procede enjuiciar en el recurso de amparo constitucional es:

- Si se han introducido por las Administraciones públicas, “explícitamente o no, referencias individuales”.

- Si existe alguna “quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función”.

- Si “no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final del puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad”.

Debe hacerse referencia también a la STC 83/2000, referida al caso en que una opositora en las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Profesores

¹¹⁷ STC 115/1996, reiterada en las SSTC 10/1998 y 178/1998, y STC 40/1999.

¹¹⁸ Ver también la STC 30/2008.

de Enseñanza Secundaria alegó que las bases de la convocatoria daban un trato de favor a los Profesores interinos o contratados temporales, al no exigirles a ellos que acreditaran poseer el perfil lingüístico exigido con anterioridad al desarrollo de las pruebas de la oposición. La sentencia reconoce que cabe pensar que algunos de los interinos o contratados temporales que aprobaron la oposición no lo habrían hecho si, al exigírseles la acreditación del perfil lingüístico, no hubieran podido acreditarlo. Pero añade que “tales consideraciones no dejan de ser meramente hipotéticas”, porque la recurrente ni ha alegado ni ha acreditado en qué situación habría quedado ella si se hubiera exigido la acreditación a todos los aspirantes.

Así pues, el propio Tribunal Constitucional, al indicar que la recurrente no acreditó que los resultados habrían cambiado, está reconociendo que es procedente analizar esta cuestión y que, si los resultados del proceso selectivo cambian, entonces procede conceder el amparo solicitado. Además, ésta es la doctrina existente en el caso de los recursos de amparo en materia de cargos públicos representativos: que la incorrección cometida afecte al resultado electoral. Así que resulta procedente que el órgano revisor (normalmente judicial) realice una prueba (a instancia de parte) consistente en, aplicando correctamente las bases reguladoras del proceso selectivo, volver a calificar a los aspirantes aprobados¹¹⁹ y al reclamante para ver si ahora éste obtiene una puntuación superior al último de los aprobados. Y si así sucediera, estimar su demanda de amparo constitucional.

Y es que entre el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos representativos y el de acceso a los no representativos no hay diferencia: ambos son derechos fundamentales delimitados por la ley, y si ésta es incumplida, el derecho fundamental se ve lesionado.

Por su parte, la STC 86/2004 señala que “la inclusión de los cursos organizados por el CEU-San Pablo en el ámbito de los oficiales o en el de los que necesitan homologación por el Instituto Valenciano de Administración Pública es una cuestión de legalidad ordinaria”, de manera que parece que en sede de recurso de amparo las cuestiones relativas a la valoración de los méritos no podrían ser analizadas. Sin embargo, finalmente el Tribunal Constitucional entra en el análisis de la cuestión, indicando que lo hace “desde el punto de vista del artículo 14 CE, propio de esta jurisdicción constitucional”. Así, concluye que “a) que los cursos organizados por el CEU-San Pablo han sido incorporados a los méritos no sólo de la Sra. Redondo sino también a los de la demandante de amparo; y b) que no puede llegarse a una conclusión de igualdad respecto de los cursos promovidos por la Confederación de Empresarios de Castellón y los organizados por el CEU-San Pablo, centro «adscrito a la Universidad Politécnica de Valencia» (...). Y, en consecuencia, no es «arbitraria» ni carece de «fundamento racional» la diversidad de trato otorgada a los cursos organizados por dos Entidades tan diversas y poco equiparables como el CEU-San Pablo

¹¹⁹ No decimos recalificar a todos los participantes, porque no han recurrido, dejando firme y consentido el proceso selectivo.

(centro universitario adscrito a la Universidad Politécnica de Valencia) y la Confederación de Empresarios de Castellón”. Por tanto, en este caso, el Tribunal Constitucional sí analiza esta cuestión de legalidad ordinaria.

Como puede verse, en unos casos el Tribunal Constitucional sí analiza si las bases reguladoras han sido correctamente aplicadas, y en otros casos se niega, como sucede en el Auto 016/2010, en el que literalmente se señala que “el recurrente se ha limitado a fundamentar la invocación de este derecho en que la interpretación realizada por el Tribunal calificador del concepto "Administración de Estado" que figuraba en las bases de la convocatoria a los efectos de la valoración de méritos resulta ilícita por ser excesivamente restrictiva y estar fuera del ámbito de discrecionalidad técnica de dicho Tribunal calificador. Pues bien, (...) en la medida en que la queja aparece referida a una cuestión interpretativa respecto de las bases de la convocatoria que, en sí misma, no implica ninguna discriminación y que, además, ha sido aplicada con carácter general a todos los participantes, la vulneración aducida del artículo 23.2 CE carece manifiestamente de fundamento, pues plantea una mera cuestión sobre el estricto cumplimiento de la legalidad (...) que no está dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental”.

4.2.3.- El papel del recurso de amparo tras la Ley Orgánica 6/2007¹²⁰

La doctrina alude al origen histórico del recurso de amparo constitucional para hallar el papel que debe jugar en la actualidad. Así, indica JIMÉNEZ CAMPO¹²¹ que en 1978 se trataba de contar con una instancia exterior al propio Poder Judicial que asegurase la interpretación y garantía, libre de inercias, de los derechos fundamentales, que en aquel momento eran una auténtica novedad,

¹²⁰ En relación con la reforma de 2007 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional pueden citarse las siguientes obras: BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MEDINA REY, F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2008, FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, C.J., “La STC 49/2008, una sentencia desfalleciente”, *RATC*, nº. 10/2008, FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico procesal del recurso de Amparo*, Madrid, Dykinson- Constitucional, 2008, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La reforma del Tribunal Constitucional”, *RAP*, nº. 174, 2007, PULIDO QUECEDO, M., “El juicio del Tribunal sobre su ley orgánica (Entre la oportunidad y la constitucionalidad)”, *RATC*, nº. 6/2008, SANZ PÉREZ, A.L., “Comentario a la STC 49/2008: Las fuentes del Derecho parlamentario y el Senado”, *RATC*, nº. 9/2008, SORIANO HERNÁNDEZ, E., “Los Magistrados de las CC AA y del Senado: Comentario a la STC 101/2008, de 24 de julio. Apostillas a la STC 49/2008”, *RATC*, nº. 16/2009, TORRES MURO, I., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)”, *RGDC*, nº. 6/2008, y AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la Ley 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la LOTC*, Coord. CARRILLO, M., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

¹²¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales...*, op.cit., pg. 117 y ss. Alude también a este origen histórico CRUZ VILLALÓN, P., “El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador”, en AA.VV., *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, CEC, Madrid, 1992, pg. 117 y ss.

mientras que, actualmente su razón de ser es garantizar aquellos derechos fundamentales allá donde no alcance la capacidad restauradora o reparadora del Poder Judicial, es decir, más bien en la protección frente a la ley inconstitucional.¹²²

Ya en la década de los 90, la doctrina polemizó acerca de la posibilidad de reducir el ámbito del recurso de amparo constitucional sobre la base de la expresión “en los casos y formas que la ley establezca” del artículo 53.2 CE.¹²³ Y, en la línea, se propuso objetivizar el recurso de amparo, de manera que el propio Tribunal Constitucional seleccionara los casos que, por su relevancia constitucional, proceda analizar para proteger los derechos fundamentales como normas abstractas y generales.¹²⁴

Así, CRUZ VILLALÓN¹²⁵ destacó la necesidad de “menos amparo frente al juez y más amparo frente al legislador” y de reforzar la dimensión objetiva de este recurso.¹²⁶ En cambio, DIEZ-PICAZO señalaba que, a través del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional “puede convertirse en el centro de unificación, en clave de fiscalización de la interpretación conforme a la Constitución, del entero proceso de creación-aplicación del Derecho”.¹²⁷

Lo que sí ha sido una realidad es la saturación de recursos de amparo¹²⁸, circunstancia reconocida por la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica

¹²² Según este autor, el recurso de amparo procedería solamente en los siguientes casos: a) Lesiones del artículo 24 *in iudicando* o *in procedendo*, b) aplicación de ley inconstitucional, y c) desconocimiento por el Poder Judicial de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre derechos fundamentales.

¹²³ Ver RUBIO LLORENTE, F., en AA.VV., *La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995, pg. 132. En otra línea, ver TOMÁS Y VALIENTE, F., misma obra, pg. 30.

¹²⁴ Se trataría de un mecanismo similar al sistema de “*writ of certiorari*”, de origen anglosajón, basado en limitar la actuación del Tribunal Constitucional a aquellos casos en los que aprecie un interés objetivo, no meramente subjetivo del demandante lesionado. Este cambio de orientación fue introducido en Alemania, aunque la medida de objetivación se atenuó al admitirse a trámite también el recurso de amparo cuando el perjuicio causado al recurrente sea de especial gravedad para el mismo. Ver en este sentido ARAGÓN REYES, M., (“La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, *REDC*, nº. 85, 2009) y ESPÍN TEMPLADO, E. (ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FARRERES, G., y CRUZ VILLALÓN, P., *La reforma de la justicia constitucional*, Thomson Aranzadi y Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de España, Navarra, 2006, pg. 149 y ss.).

¹²⁵ CRUZ VILLALÓN, P., “El recurso de amparo...”, *op.cit.*, pg. 117 y ss.

¹²⁶ En la misma línea, PÉREZ TREMPES, P., “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en AA.VV., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991, CEC, Madrid, 1992, pg. 124.

¹²⁷ DÍEZ- PICAZO GIMÉNEZ, L.Mª, “Dificultades prácticas y significado actual del recurso de amparo”, *REDC*, nº. 40, 1994, pg. 35.

¹²⁸ GÓMEZ-FERRER MORANT, R., “La reforma...”, *op.cit.*, pg. 101. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (“Dificultades prácticas y significado actual del recurso de amparo”, *REDC*, nº. 40, 1994, pg. 9-37) alude al excesivo uso, incluso abusivo, que se ha venido haciendo del recurso de amparo y que ha dado lugar a su conversión en la práctica en casi una “última instancia”.

6/2007¹²⁹, y que ha influido en la adopción por el legislador ha adoptado de las dos medidas siguientes:

a) Modificar la regulación del trámite de admisión del recurso de amparo¹³⁰, de modo que el artículo 50.1.b) LOTC pasa a exigir el requisito de que “*el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

b) Modificar el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando a los Tribunales ordinarios más capacidad para revisar las vulneraciones de los derechos fundamentales.

El requisito (para la admisión del recurso de amparo) de la especial trascendencia constitucional, según BALAGUER CALLEJÓN, CÁMARA VILLAR y MEDINA REY, se convierte en el eje fundamental sobre el que gravita el sistema de amparo constitucional¹³¹, y da lugar a un sistema objetivo. Así, tal y como indica la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 6/2007, “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional”. Por tanto, se ha “objetivado” el recurso de amparo, pues se prescinde de criterios subjetivos relacionados con las circunstancias del caso concreto, y el criterio determinante de la admisión del recurso es la “especial trascendencia constitucional”.¹³²

La objetivación del recurso de amparo consiste, como indica GUTIÉRREZ GIL¹³³, en que deja de ser un instrumento de tutela subjetiva de los derechos fundamentales, para convertirse en un instrumento diseñado esencialmente para unificar los criterios de interpretación y de aplicación de los derechos

¹²⁹ Ver en este sentido BALAGUER CALLEJÓN, M.L., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Volumen I, Tecnos, Madrid, 2009, pg. 289, GARCÍA ROCA, J., “La experiencia de veinticinco años...”, op.cit., pg. 62) y ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Coord. PÉREZ TREMPES, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pg. 122).

¹³⁰ Siguiendo la propuesta de reforma elaborada por el propio Tribunal Constitucional.

¹³¹ BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MEDINA REY, L.F., *La nueva Ley...*, op.cit., pg. 72.

¹³² BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MEDINA REY, L.F., *La nueva Ley...*, op.cit., pg. 75. También ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, op.cit., pg. 127. También ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la LOTC”, *REDC*, nº. 85, 2009.

¹³³ GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Coord. GONZÁLEZ RIVAS, J.J., La Ley, Madrid, 2010.

fundamentales.¹³⁴ Así, no se ha seguido un modelo mixto, como es el alemán, en el que la gravedad de la violación del derecho fundamental también puede considerarse como de especial trascendencia constitucional, sino el sistema del *certiorari* estadounidense.¹³⁵

En todo caso, puede concluirse que la reforma ha empeorado los mecanismos procesales de los ciudadanos¹³⁶, porque anteriormente siempre que había una lesión de un derecho fundamental era posible acudir al Tribunal Constitucional, aunque no fuera de gran relevancia, mientras que, tras la reforma de 2007, el recurso de amparo será inadmitido si no se aprecia la especial trascendencia. Incluso se alude a la posible inconstitucionalidad de la nueva configuración del recurso de amparo, porque la introducción de la especial trascendencia constitucional como requisito del recurso de amparo podría considerarse como una alteración del contenido esencial (artículo 53.1 CE) del derecho al amparo como remedio contra las infracciones de los derechos fundamentales.¹³⁷

Sin embargo, la mayoría de la doctrina no aprecia inconstitucionalidad en la reforma, entendiendo que no existe como tal un “derecho al amparo” como derecho fundamental¹³⁸, que la Constitución deja un amplio margen al legislador para configurar el recurso de amparo.¹³⁹

Sí cuestiona la doctrina¹⁴⁰ si efectivamente tendrá lugar la reducción de la carga de trabajo del Tribunal Constitucional, ya que continúa siendo preciso examinar cada recurso de amparo para verificar si reúne el requisito de la especial trascendencia constitucional. Es la interposición de los recursos lo que satura al

¹³⁴ Que fue puesto en práctica por primera vez en los Estados Unidos, donde la admisión de un asunto por el Tribunal Supremo es absolutamente discrecional.

¹³⁵ BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario. Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez*, LA LEY, Madrid, 2008, pg. 205 y ss.

¹³⁶ BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario...*, op.cit., pg. 205 y ss., y “Las conflictivas relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo por razón del recurso de amparo: problemas y soluciones”, *Revista de Derecho Procesal*, nº. 1, 2007, y GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1 y ss.

¹³⁷ RUIZ ZAPATERO, G.G., “¿Tendrá el recurso de amparo tributario trascendencia constitucional?”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº. 17/2007.

¹³⁸ BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario...*, op.cit., pg. 205 y ss.

¹³⁹ GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1 y ss.

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G., (“La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”, en AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 45 y ss.), FOSSAS ESPADALER, E., (“El proyecto de reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pg. 36) y ESPINOSA DÍAZ, A., (“El recurso de amparo: problemas antes y después de la reforma”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo, 2010.

Tribunal, por lo que se ha postulado que la barrera debería ubicarse antes incluso de la fase de admisión del recurso, en la fase de interposición del mismo.¹⁴¹

Por otro lado, como ha señalado la doctrina¹⁴², el carácter notablemente abierto e indeterminado, tanto de la noción de especial trascendencia constitucional, como de los criterios legalmente establecidos para su apreciación, atribuyen al Tribunal Constitucional un amplio margen para apreciar cuándo existe dicha trascendencia constitucional. Sobre cuáles sean los criterios para apreciar la relevancia constitucional de una demanda de amparo se ha pronunciado la STC 155/2009, enumerando los siguientes supuestos, sin carácter tasado:¹⁴³

“a) el de un recurso que plantee un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional, supuesto ya enunciado en la STC 70/2009, de 23 de marzo;

b) o que dé ocasión al Tribunal Constitucional para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna, como acontece en el caso que ahora nos ocupa, o por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el artículo 10.2 CE;

c) o cuando la vulneración del derecho fundamental que se denuncia provenga de la ley o de otra disposición de carácter general;

d) o si la vulneración del derecho fundamental traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la ley que el Tribunal Constitucional considere lesiva del derecho fundamental y crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución;

e) o bien cuando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho fundamental que se alega en el recurso esté siendo incumplida de modo general y

¹⁴¹ ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, op.cit., pg. 126.

¹⁴² GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1 y ss., BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MEDINA REY, L.F., *La nueva Ley...*, op.cit., pg. 78. También ARAGÓN considera que esta discrecionalidad a favor del Tribunal Constitucional le permitirá reducir la carga de trabajo (Ver ARAGÓN REYES, M., “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, op.cit., pg. 128). El propio Tribunal Constitucional reconoce la existencia de este amplio margen de decisión en la sentencia 155/2009.

¹⁴³ Entiende PULIDO QUECEDO que en esta sentencia el Tribunal Constitucional complementa el artículo 50.1 LOTC más como un legislador que como un intérprete, por lo que entiende que hubiera podido utilizar “su potestad reglamentaria ex artículo 2.2 de la LOTC para enunciar a modo de Acuerdo del tribunal, las causas que justifican que un recurso de amparo además de vulnerar un derecho fundamental –veste subjetiva del amparo– tiene trascendencia constitucional, veste objetiva del amparo”. (PULIDO QUECEDO, M., “El requisito de “la especial trascendencia constitucional” en el recurso de amparo”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6/2009).

reiterado por la jurisdicción ordinaria, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros;

f) o en el caso de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional (artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: LOPJ);

g) o, en fin, cuando el asunto suscitado, sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores, trascienda del caso concreto porque plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales, consecuencias que podrían concurrir, sobre todo, aunque no exclusivamente, en determinados amparos electorales o parlamentarios”.

Lo cierto es que, con independencia del nuevo requisito de justificar la trascendencia constitucional del recurso de amparo, continúa subsistente la cuestión de dilucidar con exactitud el ámbito del análisis del Tribunal Constitucional en relación con las denominadas cuestiones de legalidad ordinaria.

Y es que, tras la reforma operada, autores como GARÍCA ROCA siguen destacando la necesidad de afinar más el ámbito de revisión propia del recurso de amparo constitucional, en el sentido de que en esta sede no se debería continuar analizando cuestiones tales como el tratamiento que deben recibir los hechos o el cómputo de la cuantía para acceder al Recurso de Casación, ni “tantos otros temas de legalidad”, de modo que se postula que en sede de amparo constitucional no se realice la labor de “corrección de la interpretación del derecho infraconstitucional”.¹⁴⁴

En todo caso, si la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el papel del recurso de amparo en relación con el acceso a la función pública era ya de por sí restrictiva, esta tendencia presenta visos de mantenerse, en la medida en que ahora se exige además acreditar la trascendencia constitucional del litigio.

Sí podemos hacer referencia a una tendencia más favorable a la protección de derechos fundamentales, adoptada por el Tribunal Supremo. En efecto, el Tribunal Supremo está admitiendo el planteamiento de cuestiones sobre valoración de méritos como directamente relacionadas con el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, y, por tanto, admitiendo que se planteen a través del recurso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Ver en este sentido VIVER I PI-SUNYER, C., CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., CARRILLO, M., GÓMEZ MONTORO, A.J., LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., LÓPEZ BOFILL, H., MIERES MIERES, L.J., y VELASCO CABALLERO, F., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

¹⁴⁵ Regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Y ello en los casos en que la Administración Pública alegaba que esta cuestión era una cuestión de legalidad ordinaria que, por tanto, no podía ser planteada a través de dicho recurso especial. Al respecto, puede destacarse la STS de 8 de marzo de 2010 (que se remite también a las SSTS de 17 y 24 de febrero 2010), relativa a un caso en que al recurrente no le fueron reconocidos 4 puntos por un Curso de Formación impartido.

Esta sentencia señala que debe considerarse “la nueva configuración que la Ley 29/1998 ha dado a este proceso especial para la protección de los derechos fundamentales. Es decir, la superación que ya anuncia su exposición de motivos de la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales cuando la debida protección de estos exige tener en cuenta su desarrollo legal. Ese nuevo enfoque, plasmado en su artículo 121.2, permite enjuiciar en el proceso especial toda cuestión que verse sobre la directa vulneración de un derecho fundamental”.

4.3.- El incidente de nulidad de actuaciones

Como se ha indicado, la Ley Orgánica 6/2007 ha modificado el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dando a los Tribunales ordinarios más capacidad para revisar las vulneraciones de los derechos fundamentales. Tras esta modificación, el párrafo primero del citado artículo 241.1 LOPJ dispone que *“no se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”*. El órgano para conocer de este incidente es el mismo Juzgado o Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza.

Con anterioridad, en la redacción dada por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, dicho artículo solamente permitía este incidente si se fundaba en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hubieran podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso.

La Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica 6/2007, señala que “la protección y garantía de los derechos fundamentales no es una tarea única del Tribunal Constitucional, sino que los tribunales ordinarios desempeñan un papel esencial y crucial en ella. Por ello, y con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción ordinaria para la tutela de los derechos fundamentales, se modifica el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

De este modo se introduce una configuración del incidente de nulidad de actuaciones mucho más amplia, porque se permite su solicitud con base en cualquier vulneración de alguno de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 CE, en lugar de la alegación de indefensión o incongruencia prevista hasta el momento. Esta ampliación del incidente de nulidad de actuaciones previo al amparo busca otorgar a los tribunales ordinarios el papel de primeros garantes de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico.

Tal y como ha señalado la doctrina, la reforma del incidente de nulidad del artículo 41 LOPJ, en el sentido de ampliar su ámbito a todos los derechos fundamentales, se ofrece por el legislador como compensación a las limitaciones del recurso de amparo derivadas del nuevo requisito de la especial trascendencia constitucional, presentándose aquel incidente como nuevo mecanismo de tutela de los derechos fundamentales ante la jurisdicción ordinaria.¹⁴⁶

Así, indica BANACLOCHE PALAO¹⁴⁷ que “parece que se ha introducido una verdadera novedad en la configuración del incidente de nulidad de actuaciones, permitiendo a los Tribunales ordinarios asumir facultades de protección de derechos fundamentales que anteriormente no poseían por haberse diferido al Tribunal Constitucional”.

Pero concluye que en realidad no es así, porque, según el artículo 241.1 LOPJ, el incidente de nulidad requiere que la violación de derecho fundamental “no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso”. Por tanto, si el defecto formal se planteó ante la jurisdicción ordinaria durante la tramitación del procedimiento, y ésta pudo pronunciarse sobre el mismo, no cabe plantear el incidente.

Por tanto, como señala BANACLOCHE PALAO, al plantear el incidente no basta con señalar que se ha violado un derecho fundamental, sino que “es necesario además que esa vulneración aparezca por vez primera en ese momento, que no haya podido ser denunciada previamente, porque si el Tribunal ordinario ya la conocía y se pronunció sobre ella, no se puede pretender que sea de nuevo decidida por ese mismo Tribunal a través de la nulidad de actuaciones”. Por ello, concluye el citado autor que “desde un punto de vista práctico no van a existir grandes diferencias, porque, una vez finalizado un proceso, sólo los defectos de forma que se detectan con posterioridad son los que, de hecho, permitirán abrir el incidente”.¹⁴⁸

Así, es difícil que en la práctica se pueda acudir al incidente de nulidad para solicitar la tutela de un derecho fundamental distinto del de tutela judicial efectiva

¹⁴⁶ En este sentido, ver BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *RGDPR*, nº. 13, 2007.

¹⁴⁷ BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario...*, op.cit., pg. 205 y ss.

¹⁴⁸ BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario...*, op.cit., pg. 205 y ss.

del artículo 24.1 CE, porque los demás derechos fundamentales más bien habrán sido el objeto del litigio, y su lesión ya habrá sido analizada por el órgano judicial durante el proceso.¹⁴⁹

Incluso GUTIÉRREZ GIL¹⁵⁰ ha señalado que la reforma del artículo 241.1 LOPJ puede resultar dañosa porque “además de prolongar la duración de los procesos e incrementar la carga de trabajo de la jurisdicción ordinaria, la experiencia pone de manifiesto lo difícil que ha de resultar que el Juez admita expresamente haber vulnerado un derecho fundamental y que anule por tal razón sus propias resoluciones, por lo que normalmente nada impedirá que, finalmente, llegue a presentarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

5.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

5.1.- Introducción

En este primer Capítulo se realiza también un estudio general sobre el principio de igualdad, debido a que, como se verá más adelante, la jurisprudencia constitucional viene considerando que el artículo 23.2 CE solamente resulta aplicable al acceso a los puestos funcionariales, pero no laborales, resultando aplicable a estos últimos el principio de igualdad del artículo 14 CE. Dado que el presente trabajo trata del acceso al empleo público, tanto funcional como laboral, procede analizar también el régimen jurídico de dicho principio de igualdad.

El principio de igualdad ante la ley ha sido una de las exigencias básicas del constitucionalismo desde las primeras declaraciones de derechos a finales del siglo XVIII. En efecto, el constitucionalismo inicial tiene como principal objetivo abolir la sociedad estamental¹⁵¹ (en la que cada estamento tenía su propio estatuto jurídico distinto al de los demás estamentos) postulando una sola categoría social y jurídica, la de los ciudadanos, sometidos todos a la misma ley. Ésta es la igualdad formal ante la ley, consistente en una “identidad de posición de los destinatarios ante la ley”, de modo que se garantice “el alcance general de la ley”.¹⁵²

¹⁴⁹ En este sentido, ver BACHMAIER WINTER, L., “La reforma del recurso de amparo...”, op.cit., BANACLOCHE PALAO, J., en AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario...*, op.cit., pg. 205 y ss., y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007, pg. 173 y ss.

¹⁵⁰ GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1 y ss.

¹⁵¹ Díez Pícazo Giménez, L.M^a., *Sistema...*, op.cit., pg.172.

¹⁵² Espín Templado, E., “Lección 8ª, la cláusula general de igualdad”, en López Guerra, L., Espín Templado, E., García Morillo, J., Pérez Tremps, P., y Satrústegui, M., *Derecho Constitucional*, op.cit., pg. 177.

El principio de igualdad ha experimentado una notable evolución a lo largo del tiempo, surgiendo también la perspectiva material de la igualdad¹⁵³, que se recoge claramente en el artículo 9.2 de nuestra Constitución.¹⁵⁴ Así, en el siglo XX nace el Estado social, que atiende a lograr que la igualdad y libertad sean efectivas y reales, no solamente formales, de manera que el legislador puede y debe introducir trato diferente para lograr la igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos, desde la perspectiva económica y social. La interpretación liberal formal de la igualdad era insuficiente, porque los individuos no nacen iguales en la realidad social.¹⁵⁵ Como indica BAÑO LEÓN¹⁵⁶, la igualdad material es la igualdad superadora de las diferencias reales de oportunidades que existen en la sociedad.

Como indica el citado autor, la igualdad material “justifica la posibilidad de realizar distinciones que de otro modo serían discriminatorias”.¹⁵⁷ Lo que sí parece claro es que el legislador no ha pretendido configurar como derecho frente al legislador la igualdad efectiva, en el sentido de poder exigirle la adopción de determinadas normas o medidas en sentido positivo. Así, según indica el citado autor, el derecho a la igualdad formal (del artículo 14 CE) es un derecho subjetivo que goza de los mecanismos de protección del artículo 53.2 CE, mientras que el derecho a la igualdad material (del artículo 9.2 CE) tiene su aplicabilidad en función de lo que determine el legislador a través del desarrollo normativo de dicha igualdad efectiva.

La igualdad es uno de los derechos más invocados en los procesos judiciales y de amparo constitucional, pero definir con exactitud su concepto es una tarea difícil¹⁵⁸, llegando a hablarse de “concepto esencialmente controvertido”.¹⁵⁹ A

¹⁵³ En el Estado liberal decimonónico, la ley general sólo establecía unas condiciones mínimas formales. Ver MARTÍN VIDA, M^a.A., *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Instituto de Estudios de la Mujer, Universidad de Granada, Granada, 2004, pg. 153 y ss., y también PICÓ LORENZO, C., “La discriminación positiva en la función pública”, en AA.VV., *La discriminación positiva*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006, pg. 25 y ss.

¹⁵⁴ Sobre el contenido del Estado de Derecho y sobre sus fundamentos constitucionales, puede verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

¹⁵⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Estado constitucional y protección internacional”, en AA.VV., *“Pasado, presente y futuro de los derechos fundamentales”*, Coord. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., UNED y Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, México, 2004, pg. 239, y *Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2003, pg. 1 y ss.

¹⁵⁶ BAÑO LEÓN, J.M^a., “La igualdad como derecho público subjetivo”, *RAP*, nº. 114, 1987, pg. 189.

¹⁵⁷ Op.cit., pg. 191.

¹⁵⁸ VILLACORTA MANCEBO, L., *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Parlamento de Cantabria, Universidad de Cantabria, Santander, 2006, pg. 27.

¹⁵⁹ LAPORTA, F., “Problemas de igualdad”, en VALCÁRCEL, A., *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994, pg. 68.

este respecto, la labor del Tribunal Constitucional ha sido determinante en la aplicación y entendimiento del principio de igualdad.

5.2.- Naturaleza de derecho subjetivo y fundamental

La igualdad presenta, en nuestro texto constitucional, tres dimensiones: como valor (artículo 1.1. CE), como principio y como derecho fundamental.¹⁶⁰ La naturaleza de derecho fundamental de la igualdad determina que la igualdad ante la ley tenga las garantías propias de los derechos fundamentales.¹⁶¹ La igualdad, como indica MARTÍNEZ TAPIA¹⁶², encierra dos derechos: el derecho a obtener un trato igual y el derecho a no ser discriminado.

En esta línea, PÉREZ LUÑO¹⁶³ indica que la naturaleza de derecho fundamental de la igualdad del artículo 14 CE se aprecia claramente porque ha sido incluida en el Capítulo Segundo de la Constitución (“derechos y libertades”). La igualdad es invocable por el ciudadano ante los tribunales, e incluso ante el Tribunal Constitucional, lo cual pone de manifiesto su naturaleza de derecho subjetivo.¹⁶⁴ El propio Tribunal Constitucional ha reconocido como derecho subjetivo a la igualdad del artículo 14, en sentencias tales como como las SSTC 49/1982, SSTC 60/1984, 63/1984, 142/1985, 162/1985, 39/1986 y 200/2001.

Cosa distinta es que la igualdad no puede observarse sin proyectarla sobre una relación jurídica concreta, por lo que no admite un desarrollo legislativo global.¹⁶⁵ Por ello, la STC 76/1983 indica que “la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo existente por sí mismo”, añadiendo que “su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas”.¹⁶⁶ Así, se trata de un “derecho prototípicamente relacional”¹⁶⁷:

¹⁶⁰ Ver PÉREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2008, pg. 89. También LÓPEZ RODÓ califica como derecho fundamental al principio de igualdad, con ocasión del análisis de la más temprana jurisprudencia del Tribunal Constitucional. (Ver LÓPEZ RODÓ, L., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RAP* n.º. 100-102, 1983, pg. 332).

¹⁶¹ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.Mª., *Sistema...*, op.cit., pg.174.

¹⁶² MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000, pg. 161.

¹⁶³ PÉREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, op.cit., pg. 96.

¹⁶⁴ ESPÍN TEMPLADO, E., “Lección 8ª...”, op.cit., pg. 180, BAÑO LEÓN, J.Mª., “La igualdad...”, op.cit., pg. 182, y SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985, pg. 149, donde se indica que si la igualdad no fuera un derecho fundamental, no podría invocarse a través del recurso de amparo.

¹⁶⁵ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.Mª., *Sistema...*, op.cit., pg.174.

¹⁶⁶ Señalan TORRES DEL MORAL y GÓMEZ SÁNCHEZ “que el artículo 14 de la Constitución española no consagre un derecho subjetivo autónomo no significa que carezca de contenido propio. Este contenido es la prohibición de toda discriminación”. (TORRES DEL MORAL, A., y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Principio de igualdad y pensiones de viudedad”, *RDP*, n.º. 35, 1992).

no se puede vulnerar la igualdad en abstracto, sino en relación con algo, por ejemplo, en relación con el acceso a cargos públicos, en relación con la posición de los hijos a la hora de reclamar derechos, etc. Así, para que pueda tener éxito una pretensión material fundamentada en el principio de igualdad, es necesario un *“tertium comparationis”*¹⁶⁸, y el demandante debe aportar este término de comparación.¹⁶⁹

Sin embargo, como indica BAÑO LEÓN, este carácter relacional de la igualdad ha sido alegada para negar su naturaleza de derecho fundamental¹⁷⁰. Pero el hecho de que el contenido de la igualdad venga establecido siempre respecto de las relaciones jurídicas concretas, no significa que la igualdad no sea un derecho, porque la igualdad no se identifica con el objeto de las relaciones jurídicas concretas, sino que tiene otro contenido: el derecho a la equiparación, es decir, el derecho a recibir el mismo trato en situaciones idénticas.

Efectivamente, si no existiera el derecho a la igualdad, entonces el afectado por la discriminación respecto al disfrute de un derecho no podría exigir la equiparación. Así, el citado autor acude al concepto de derecho subjetivo en si día acuñado por DE CASTRO¹⁷¹, como “situación de poder concreto concedido a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa”. Pues bien, la igualdad concede un haz de facultades a los sujetos que permite afirmar que se trata efectivamente de un derecho subjetivo. Así, concluye BAÑO LEÓN¹⁷² que la igualdad atribuye a los sujetos “el poder de accionar los medios que permitan la equiparación”, puesto que el objeto de la igualdad es conseguir dicha equiparación. Y es que el derecho de igualdad implica una situación de poder para su titular, consistente en la facultad de exigir la equiparación de trato, que además genera una situación de deber jurídico para el Estado, como contrapartida.

En definitiva, la STC 76/1983 indica que la igualdad puede “ser objeto de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general”. Por ello, esta sentencia consideró que

¹⁶⁷ ESPÍN TEMPLADO, E., “Lección 8ª...”, op.cit., pg. 180. Sobre el carácter relacional del derecho de igualdad, puede verse SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la jurisprudencia constitucional*, IEAL, Madrid, 1985, pg. 152, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1989, pg. 47, y GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CECP, Madrid, 2000, pg. 21, y *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003, pg. 99.

¹⁶⁸ GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función...*, op.cit., pg. 36. Ver las SSTC 200/2001 y 125/2003.

¹⁶⁹ SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia...*, op.cit., pg.154.

¹⁷⁰ BAÑO LEÓN, J.Mª., “La igualdad...”, op.cit., pg. 182.

¹⁷¹ DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, IEP, Madrid, 1949, edición 1984, pg. 400.

¹⁷² BAÑO LEÓN, J.Mª., “La igualdad...”, op.cit., pg. 183.

el artículo 14 no está incluido dentro de la exigencia de ley orgánica establecida en el artículo 81 de la Constitución.

Parte de la doctrina se mostró contraria a considerar la igualdad como un auténtico derecho fundamental¹⁷³, pero la mayoría, como hemos visto, admiten su condición de derecho fundamental¹⁷⁴, opinión a la que esta tesis se suma, atendidos los argumentos expuestos en este apartado.

5.3.- Igualdad en el contenido de la ley

Como viene reiterando el Tribunal Constitucional¹⁷⁵, el principio de igualdad opera en dos ámbitos: por un lado, en el ámbito de la creación de las normas jurídicas, limitando al legislador y al poder reglamentario (que no pueden establecer discriminaciones arbitrarias o no justificadas de modo razonable entre quienes se hallan en la misma situación), y, por otro lado, en el ámbito de la aplicación de la ley, de modo que ésta debe ser aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación.

Según la jurisprudencia constitucional, el principio de igualdad ante la ley significa igualdad en el contenido de la ley, de modo que el legislador debe dar trato igual a los iguales, o, dicho en negativo, no puede dar un trato diferente a quienes se hallan en la misma situación, salvo que existan razones justificadas y razonables de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados,¹⁷⁶ y que las consecuencias de estas diferencias “no resulten, en todo caso, desproporcionadas”.¹⁷⁷

La igualdad en el contenido de la ley implica que ésta ha de ser general y abstracta, no pudiendo favorecer a destinatarios concretos en función de su

¹⁷³ A este respecto, puede citarse a GÁLVEZ, J., “Artículo 14”, en *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pg. 182 y 183, y BASILE, S., “Principios fundamentales de la Constitución de 1978”, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Dir. EDRIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Madrid, 1980, pg. 277.

¹⁷⁴ Pudiendo citarse a tal respecto CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, EDERSA, Madrid, 1983, pg. 8, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ, M^a.F., *Igualdad y discriminación*, op.cit., pg. 255.

¹⁷⁵ Ya la STC de 2 de julio de 1981 señalaba que la igualdad del artículo 14 CE “vincula y tiene por destinatario no sólo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al legislativo”. Por todas, puede citarse la STC 144/1988.

¹⁷⁶ STC 49/1982.

¹⁷⁷ STC 200/2001.

condición personal o de la coyuntura concreta¹⁷⁸, lo cual es una garantía estructural contra la arbitrariedad de los poderes públicos.¹⁷⁹

Como indica DIEZ PICAZO GIMÉNEZ¹⁸⁰, el principio de igualdad alcanza no solo a la ley en sentido estricto, sino a cualquier norma jurídica, afectando, por tanto, también a los reglamentos. Así lo viene señalando también el Tribunal Constitucional, indicando en la STC 209/1987 que “la Ley ante la cual el artículo 14 de nuestra Constitución impone la igualdad es desde luego, en principio, la ley en sentido material, la norma jurídica en abstracto, con independencia de su rango, de manera que a todos deben ser aplicadas por igual las normas legales y reglamentarias y ni éstas ni aquéllas pueden introducir entre los ciudadanos o entre las situaciones en las que éstos se encuentran diferencias que no estén justificadas por razones objetivas y legítimas, ni atribuir a las diferencias establecidas consecuencias que no resulten proporcionadas con el fin que se persigue”.

Es más, el Tribunal Constitucional considera que, en relación con la igualdad en la ley, el reglamento y la ley no se encuentran en el mismo plano, porque “no es la misma la relación que existe entre Constitución y ley que la que media entre ésta y el reglamento. El legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea derecho con libertad dentro del marco que ésta ofrece, en tanto que el ejercicio de la potestad reglamentaria se opera «de acuerdo con la Constitución y las Leyes» (artículo 97 CE) y el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la ley de modo inmediato o, al menos, de manera mediata, a través de la habilitación. Del mismo modo, no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó”.

La igualdad en el contenido de la ley implica que el legislador sólo podrá dar un trato diferente a los ciudadanos por causas objetivas y razonables, pero “el problema estriba en la vaguedad del concepto de razonabilidad”, que es un concepto jurídico indeterminado, de manera que “evaluar si una determinada decisión es razonable pasa inevitablemente por dejar un amplio margen de discrecionalidad al juez”.¹⁸¹ Como señala ESPÍN TEMPLADO¹⁸², cabe otorgar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos, siempre que se den las siguientes circunstancias:

- Que estén efectivamente en una distinta situación fáctica.

¹⁷⁸ ESPÍN TEMPLADO, E., “Lección 8ª...”, op.cit., pg. 110. Ver también FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, Mª.E., *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pg. 70 y ss.

¹⁷⁹ GARRIDO GÓMEZ, Mª.I., *Igualdad en el contenido y en la aplicación de la Ley*, Dykinson, Madrid, 2009, pg. 92.

¹⁸⁰ DIEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.Mª., *Sistema...*, op.cit., pg.177.

¹⁸¹ Op.cit., pg.180.

¹⁸² ESPÍN TEMPLADO, E., “Lección 8ª...”, op.cit., pg. 187.

- Que el trato desigual tenga una finalidad razonable y constitucionalmente admisible.

- Que el supuesto de hecho, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden entre sí una relación de coherencia, que sea proporcionada.

Esta es la línea seguida por el Tribunal Constitucional, que exige justificación y razonabilidad por un lado y, adicionalmente, proporcionalidad. Por todas, puede citarse la STC 27/2004, donde se indica que “lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.

En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, 49/1982, 2/1983, 23/1984, 209/1987, 209/1988, 20/1991, 110/1993, 176/1993, 340/1993 y 117/1998). Esto así, el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato”.

Un interesante análisis de estas cuestiones es el realizado por ALONSO GARCÍA¹⁸³, que distingue dos ámbitos operativos en el artículo 14 CE: por un lado, las cláusulas específicas de desigualdad, que son aquellos supuestos concretos de desigualdad expresamente prohibidos por dicho artículo 14 (desigualdad por razón de nacimiento, raza, sexo, religión y opinión) y, por otro lado, la cláusula general de igualdad, equivalente a la expresión “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” de dicho artículo 14.

Respecto de la citada cláusula general de igualdad, el mencionado autor indica que, para poder apreciar la razonabilidad de la desigualdad, es preciso que concurren tres elementos: que la desigualdad exista efectivamente, lo cual se denomina test de la diferencia de consecuencias jurídicas, que haya motivos para pretender la desigualdad (consistente en el test de la relevancia de la desigualdad), y que la desigualdad sea razonable o justificada.

La igualdad ante la ley impone al legislador la obligación de dar un trato igual a los ciudadanos, prohibiendo que no pueda dictar normas discriminatorias, pero el Derecho puede y debe establecer diferencias, si bien con justificación objetiva y razonable. Entendiendo la razonabilidad como el sometimiento a criterios

¹⁸³ ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *RAP*, nº. 100-102, 1983, pg. 25 y ss.

objetivos, contrastables y justificables, por oposición a la arbitrariedad.¹⁸⁴ Dado que en el Derecho no siempre es posible la obtención de una única solución por la vía de la estricta lógica, y que entran en juego juicios de valor, es preciso acudir a otro tipo de justificación, basada más bien en la existencia de razonamientos que justifican la decisión y que excluyen la arbitrariedad. En esta misma línea, indica RUBIO LLORENTE que “sólo en la conciencia jurídica de la comunidad puede buscar el juez el criterio que le permita pronunciarse sobre la razonabilidad o irrazonabilidad de la obra del legislador, (...) lo que significa sin duda una politización de la justicia”.¹⁸⁵

Por tanto, como indica MARTÍNEZ TAPIA¹⁸⁶, el juicio de igualdad sobre la ley es un juicio o test de razonabilidad, que se descompone en los siguientes puntos: constatación de la existencia de una desigualdad normativa, análisis del término de comparación y examen de la finalidad, congruencia y proporcionalidad de la desigualdad introducida por la norma.

En cuanto al test de relevancia de la desigualdad, indica ALONSO GARCÍA que es preciso demostrar que las situaciones de trato desigual tienen cierta identidad, tal y como señala la STC 59/1982, según la cual “es menester demostrar que existe un principio jurídico del que se deriva la necesidad de igualdad de trato entre los desigualmente tratados”.

Pero dicho test no opera en los casos de cambio del precedente judicial o administrativo, donde solamente se exige motivar el cambio. Asimismo, este test de relevancia de la desigualdad hace recaer la carga de la prueba en quien alega la desigualdad, que debe probar que las situaciones de hecho y las consecuencias jurídicas deben ser iguales. Aunque, según el citado autor, no es así cuando se trata de las circunstancias expresamente concretadas en el artículo 14 CE (nacimiento, raza, sexo, religión y opinión), en cuyo caso son los poderes públicos los que deben probar que la desigualdad de trato está fundada. Además, el test de relevancia de la desigualdad tampoco opera en el ámbito de la desigualdad en o ante la ley.¹⁸⁷

Por su parte, el test de razonabilidad consiste en que “la distinción de trato carezca de una justificación objetiva y razonable”, justificación que se aprecia “en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empujados y la finalidad perseguida”, según las SSTC de 10 de noviembre de 1981 y 2 de julio de 1981.

¹⁸⁴ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op.cit., pgs. 11 y 162.

¹⁸⁵ RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, nº. 31, 1991.

¹⁸⁶ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op.cit., pg. 162.

¹⁸⁷ ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad...”, op.cit., pgs. 32 y 37.

5.4.- Igualdad en la aplicación de la ley

En el plano de la aplicación de la ley, la igualdad obliga a que la ley sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias no previstas en la propia norma. Como es obvio, la igualdad en la aplicación de la ley afecta a todos los poderes públicos y, por tanto, al ejecutivo y al judicial, aunque con matices diferentes, como ahora veremos.

Dado que la igualdad en la aplicación de la ley implica dar un trato igual a los que son iguales, el Tribunal Constitucional viene exigiendo que el sujeto que se considera discriminado aporte un término de comparación, de manera que el recurrente demuestre la identidad sustancial de las situaciones jurídicas que se comparan.¹⁸⁸

Por otro lado, el principio de igualdad en la aplicación de la ley tiene matizaciones, según que el órgano que aplica la ley sea un órgano judicial o un órgano administrativo. Así, indica la STC 144/1988 que hay que distinguir la diferente situación en que se encuentran los órganos administrativos, de una parte, y los órganos judiciales de la otra. Los órganos administrativos no están ciertamente vinculados por el precedente administrativo, pero sí están sujetos al control de los Tribunales. En cuanto a los órganos judiciales, tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes y no están sometidos al control de otro poder del Estado, aunque las decisiones que adoptan pueden ser revisadas, tanto en los hechos como en la interpretación del Derecho, por otros Tribunales a través de los recursos previstos en las leyes procesales.

En el ámbito de los órganos judiciales, deben tenerse en cuenta “las inevitables dificultades que surgen del natural margen de discreción y creatividad normativa que implica toda decisión judicial”¹⁸⁹, por un lado y, por otro lado, el principio de independencia judicial. Además, deben distinguirse dos supuestos: igualdad entre las resoluciones de un mismo órgano judicial, e igualdad entre las resoluciones de distintos órganos judiciales. Como señala GAVARA DE CARA¹⁹⁰, en el primer caso, la igualdad impone que un mismo órgano judicial no puede modificar su criterio ante supuestos iguales de manera arbitraria, sino que debe dar una fundamentación suficiente y razonable del cambio; mientras que en el

¹⁸⁸ SSTC 194/1999, 62/1982 y 102/1999, entre otras muchas. En el apartado 3.2 del Capítulo 2 de la presente tesis doctoral se analiza cómo el término de comparación ha sido malinterpretado por la Jurisprudencia constitucional en el ámbito del derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público, ya que las diversas sentencias dictadas en esta materia vienen exigiendo no sólo la infracción de la norma reguladora del proceso selectivo, sino que dicha norma haya sido aplicada de manera distinta a un opositor respecto de otro.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op.cit., pg. 163.

¹⁹⁰ GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función...*, op.cit., pg. 128 y ss.

segundo caso, no cabe exigir la igualdad de criterio entre los distintos órganos judiciales, pues así lo impone la independencia judicial y el hecho de que no tenemos en España un sistema de precedente judicial vinculante, aunque, para unificar criterios y conseguir la citada igualdad, existe el mecanismo de los recursos ante instancias superiores y, especialmente, el Recurso de Casación.

En definitiva, en cuanto se refiere a la aplicación de la ley por los órganos judiciales, la doctrina constitucional intenta llegar a una solución de equilibrio¹⁹¹, reconociendo el principio de independencia judicial, de manera que los órganos judiciales no están directamente vinculados por el criterio de otros órganos judiciales superiores, sino que lo que existe es el sistema de recursos que, culminando en el Recurso de Casación, es el mecanismo del que dispone nuestro Ordenamiento Judicial para unificar la interpretación judicial del Derecho.¹⁹² A salvo, claro, el debido respeto a la doctrina del Tribunal Constitucional, según el artículo 5 LOPJ. Sin embargo, hay numerosas resoluciones judiciales que no son susceptibles de Recurso de Casación, de modo que escapan al mecanismo de unificación de la aplicación del Derecho.

Así, en la STC 49/1982 ya indicaba el Tribunal Constitucional que la igualdad en la aplicación de la ley, en el caso de los órganos judiciales, “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable. Distinto es el problema de la igualdad en la aplicación de la Ley cuando ésta no se refiere a un único órgano, sino a órganos plurales. Para tales casos, la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohonestarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales”.

Además, las resoluciones judiciales comparadas han de proceder del mismo órgano judicial (ver SSTC 26/2004, 14/1985, 188/1987 y 90/1993. Pero es más, como indica la propia STC 49/1982, los órganos judiciales ni siquiera están vinculados por su propio precedente, pues se admite que el órgano judicial puede cambiar de criterio. Ahora bien, el cambio de criterio ha de ser expreso y motivado, a los efectos de evitar que sea arbitrario. La STC 63/1984 expone muy claramente la cuestión al señalar que “no es tanto que la Ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre

¹⁹¹ Que algunos no ven muy satisfactoria. Ver MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad...*, op.cit., pg. 164.

¹⁹² Como indica DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, en los sistemas euro-continenciales, la homogeneidad en la aplicación de la Ley se intenta obtener mediante un sistema de recursos, especialmente a través del Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo. (DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema...*, op.cit., pg.186).

idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, es decir, como solución genérica conscientemente diferenciada de la que anteriormente se venía manteniendo, y no como respuesta individualizada al concreto supuesto planteado”.

El problema, como indica ESPÍN TEMPLADO¹⁹³, reside en determinar qué actuaciones judiciales son arbitrarias, subjetivistas y, en definitiva, carentes de base objetiva y razonable, ya que sí serán válidas las nuevas interpretaciones del Derecho que sean distintas de la interpretación efectuada en ocasiones anteriores, pero que esté fundada en motivos objetivos y razonables. A tales efectos, será esencial que la resolución judicial que contiene la nueva interpretación esté correctamente motivada.

También alude el Tribunal Constitucional a la libre apreciación del juzgador, que puede justificar las diferentes conclusiones alcanzadas por los fallos de los órganos judiciales. Así, en sentencias como STC 14/1982, indica que la simple desigualdad en los fallos de diversas causas cuyos supuestos de hecho son aparentemente iguales, no permite entender vulnerado el derecho de igualdad en la aplicación de la ley, pues esta desigualdad puede tener justificación en el margen de apreciación de que dispone el órgano judicial, que es indisociable de su función y en la que el propio Tribunal Constitucional se considera incompetente para entrar. Otra cosa es, como indica la STC de 30 de marzo de 1981, que la diferencia de interpretación sea arbitraria.

Respecto de los órganos administrativos, es cierto que no rige la institución anglosajona del precedente administrativo vinculante, sino que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante la Ley 30/1992) solamente impone el deber de motivación cuando el órgano administrativo se aparte del criterio mantenido en resoluciones anteriores. Por tanto, ante supuestos de hecho sustancialmente iguales, la Administración puede modificar su respuesta, pero siempre que lo motive de manera justificada.

El Tribunal Constitucional exige, para poder alegar que la Administración ha infringido la igualdad, que se invoque como término de comparación un supuesto en el que ya haya recaído algún pronunciamiento judicial, de manera que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que sí lo ha sido, y no sirve para fundamentar un reproche de tratamiento diferenciado.¹⁹⁴ Así, en la STC 167/1995, los recurrentes alegaban que la normativa había sido interpretada por una Universidad de forma distinta a como lo había hecho en ocasiones precedentes y separándose también del criterio de otras Universidades, y el Tribunal concluyó que “es doctrina reiterada y

¹⁹³ ESPÍN TEMPLADO, E., “Lección 8ª...”, op.cit., pg. 194.

¹⁹⁴ Ver GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función...*, op.cit., pg. 138, y las SSTC 62/1987, 50/1986, 175/1987, 167/1995, 14/1999, 194/1999 y 203/2000.

constante de este Tribunal que el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial carece de toda idoneidad para articular un eventual juicio de igualdad en la aplicación de la Ley (por todas, STC 49/1982 y STC 175/1987)". Como indica RUBIO LLORENTE¹⁹⁵, esta doctrina hace prácticamente imposible corregir las desigualdades causadas por el trato privilegiado dispensado a determinados ciudadanos por la Administración Pública.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional viene exigiendo que las resoluciones objeto de comparación provengan del mismo órgano o Entidad.¹⁹⁶ Finalmente, sí puede indicarse que el Tribunal Constitucional ha aclarado expresamente en la sentencia 73/1988 que la vulneración por la Administración Pública de sus actos propios no supone una vulneración del principio de igualdad.¹⁹⁷

6.- CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado de Derecho. El Tribunal viene considerando como derechos fundamentales los reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.

En cuanto se refiere a la reserva de ley orgánica establecida en el artículo 81 CE, se distingue de la reserva de ley del artículo 53.2 CE no por su alcance, sino porque se efectúa a favor de un tipo de ley concreto, la ley orgánica, que requiere de una mayoría más cualificada. Tal ley orgánica deberá respetar, en todo caso, el contenido esencial del citado derecho fundamental, tal y como resulta del artículo 53.2 CE.

Sobre qué sea el contenido esencial de un derecho fundamental, puede definirse como aquellos aspectos y facultades del mismo que lo hacen reconocible. Este contenido esencial no suele venir explícitamente detallado en el texto constitucional, por lo que, como viene señalando el Tribunal Constitucional, debe ser hallado a través de dos métodos interpretativos: el relativo a la naturaleza jurídica del derecho, y el relativo a los intereses jurídicos protegidos. En todo caso, esta labor de interpretación de los derechos fundamentales se halla influenciada

¹⁹⁵ RUBIO LLORENTE, F., "Igualdad", en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001, pg. 140.

¹⁹⁶ SSTC 7/2009 y 47/1989.

¹⁹⁷ En el caso de la sentencia 73/1988, el demandante alegaba que el INSS, al dictar la resolución denegatoria de la pensión de jubilación, había ido contra un acto propio suyo anterior por el que se reconocía al alta del actor eficacia retroactiva. El Tribunal indica que la llamada doctrina de los actos propios tiene conexión con los principios de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, pero no existen dos términos para comparar, y por tanto no tiene conexión con el principio de igualdad.

por las directrices políticas del momento histórico, como también ha destacado el propio Tribunal Constitucional.

En aquellos supuestos en que la Constitución dispone que la ley regulará tal o cual derecho, la doctrina viene apreciando la existencia de los denominados derechos de configuración legal, entre los que figuraría el de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas. Se trataría de un tipo de derecho fundamental en el que la labor configuradora de la ley es más intensa. Parece entonces que el derecho fundamental depende de lo que determine el legislador. Sin embargo, esta categoría no está claramente delimitada ni justificada, y en todo caso existe el mandato de respeto por el legislador al contenido esencial del derecho fundamental, según el artículo 53.2 CE.

Por otro lado, los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, también cuentan con la garantía reforzada del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, acerca del cual se ha planteado la cuestión de su alcance. Gran parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional vienen distinguiendo entre cuestiones de legalidad y cuestiones de constitucionalidad, considerando que en sede de recurso de amparo constitucional no procede analizar las cuestiones de legalidad, que son las relativas a la interpretación y aplicación de las leyes y reglamentos reguladores del derecho fundamental, cuestiones que parece que correspondería analizar sólo a la Jurisdicción Ordinaria, no siendo objeto del recurso de amparo constitucional, ya que, en caso contrario, el Tribunal Constitucional se convertiría en una tercera o cuarta instancia judicial. Especialmente en el caso de los derechos de configuración legal la doctrina viene destacando la dificultad o incluso imposibilidad para establecer la línea divisoria entre cuestiones relativas a los derechos fundamentales y cuestiones de legalidad ordinaria.

Por su parte, el Tribunal Constitucional viene señalando que sí le corresponde revisar por la vía del recurso de amparo si la aplicación de la legalidad ha podido afectar a la integridad del derecho fundamental, porque, de no ser así, los derechos fundamentales de configuración legal quedarían degradados al plano de la legalidad ordinaria y por esta vía excluidos del control del amparo constitucional. Así lo viene entendiendo en el caso del derecho de sufragio pasivo, es decir, en relación con el derecho fundamental de acceso a los cargos públicos representativos. Sin embargo, esta doctrina es matizada cuando se trata de cargos públicos no representativos (es decir, empleos públicos funcionariales y laborales), en cuyo caso entiende que no cabe pedir en el recurso de amparo constitucional que se entre a examinar la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinado puesto se llevó a cabo. No obstante, debe concluirse que cuando se infringe la normativa sobre méritos para acceder a los empleos públicos, se está vulnerando el citado derecho fundamental, puesto que la igualdad en el acceso a dichos cargos depende de que se respeten las condiciones de mérito y capacidad fijadas por la normativa en cada caso.

La cuestión se ha complicado más a partir de la reforma del artículo 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional operada por la Ley Orgánica 6/2007, que, en sede de admisión del recurso de amparo, pasa a exigir el requisito de que *“el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”*. A este respecto, cabe concluir que, si la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el papel del recurso de amparo en relación con el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad era ya de por sí restrictiva, esta tendencia presenta visos de mantenerse, en la medida en que ahora se exige además acreditar la trascendencia constitucional del recurso.

En último lugar, debe hacerse referencia al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE, que además es también un derecho subjetivo y, concretamente, un derecho fundamental. Su estudio procede también porque la jurisprudencia constitucional viene considerando que el artículo 23.2 CE solamente resulta aplicable al acceso a los empleos públicos funcionariales, pero no laborales, resultando aplicable a estos últimos el principio de igualdad del artículo 14 CE.

El principio de igualdad como derecho fundamental no admite un desarrollo legislativo global o abstracto, porque tiene naturaleza relacional, en el sentido de que consiste en el derecho a ser tratado igual en condiciones idénticas, es decir, encierra el derecho a una comparación y a un trato igual en condiciones idénticas. Ahora bien, el hecho de que el contenido de la igualdad venga establecido siempre respecto de las relaciones jurídicas concretas, no significa que la igualdad no sea un derecho, porque la igualdad no se identifica con el objeto de las relaciones jurídicas concretas, sino que tiene otro contenido: el derecho a la equiparación, es decir, el derecho a recibir el mismo trato en situaciones idénticas.

El derecho de igualdad del artículo 14 CE implica la doble vertiente de igualdad en la ley (es decir, en el contenido de la ley) e igualdad en la aplicación de la ley. Y la igualdad en la ley lo es en la totalidad de las normas jurídicas, afectando, por tanto, también a los reglamentos.

En primer lugar, la igualdad en el contenido de la ley implica que el legislador sólo podrá dar un trato diferente a los ciudadanos por causas objetivas y razonables. En este sentido, es posible dar un trato desigual a diferentes colectivos o ciudadanos, pero siempre que se den las siguientes circunstancias: que se encuentren en una distinta situación fáctica, que el trato desigual tenga una finalidad razonable y constitucionalmente admisible, y que el supuesto de hecho, la finalidad perseguida y el trato desigual otorgado guarden entre sí una relación de coherencia, que sea proporcionada. En definitiva, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que

supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

En segundo lugar, en el plano de la aplicación de la ley, la igualdad obliga a que la ley sea aplicada de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias no previstas en la propia norma. Como es obvio, la igualdad en la aplicación de la ley afecta a todos los poderes públicos y, por tanto, al ejecutivo y al judicial.

CAPÍTULO 2

Los principios de mérito y capacidad como contenido del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos

SUMARIO:

- 1.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y SIGNIFICADO
- 2.- EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS
 - 2.1.- Introducción
 - 2.2.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los puestos funcionariales: ámbito objetivo y subjetivo
 - 2.3.- El derecho de acceso en condiciones de igualdad a los puestos laborales del Sector Público: ámbito objetivo y subjetivo
 - 2.4.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos del Sector Público
- 3.- CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.
 - 3.1.- Introducción
 - 3.2.- Contenido con incidencia en la configuración de las normas jurídicas
 - 3.2.1.- Predeterminación normativa
 - 3.2.2.- Derecho de configuración legal
 - 3.2.3.- Respeto al principio de igualdad al regular los requisitos en el acceso a los empleos públicos
 - 3.2.4.- Conexión entre los principios de igualdad, mérito y capacidad
 - 3.2.5.- Implicaciones de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la regulación del proceso selectivo
 - 3.3.- Contenido con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas
 - 3.4.- Carácter reaccional del derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad
- 4.- LAS FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD
 - 4.1.- Complejidad del sistema de fuentes
 - 4.2.- Reserva de ley y consideración como derecho de configuración legal
 - 4.3.- Regulación por ley orgánica
 - 4.4.- La legislación básica
 - 4.5.- Los artículos 149.1.1ª y 139.1 CE
 - 4.6.- La negociación colectiva sobre el acceso al empleo público
 - 4.7.- Las fuentes reguladoras en el ámbito local
- 5.- CONCLUSIONES

1.- RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y SIGNIFICADO

El reconocimiento constitucional de los principios de igualdad, mérito y capacidad se encuentra en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de la Constitución. Estos principios forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos (reconocido en los citados artículos 14 y 23.2 CE) y que, como tal derecho fundamental, goza del máximo grado de protección establecido en el artículo 53.2 CE. Por tanto, son tres los artículos de la Constitución que afectan de manera directa a este derecho fundamental, y cuya ubicación dentro del texto constitucional varía:

a) El artículo 23.2 CE (ubicado en la Sección 1ª, de los derechos fundamentales y libertades públicas), que dispone que *“asimismo, tienen¹⁹⁸ derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*.

b) El artículo 14 CE, que reconoce el derecho fundamental de igualdad, el cual, como se expone a continuación, sustenta la igualdad en el acceso a los empleos públicos laborales, ya que se entiende que el artículo 23.2 CE solamente se refiere al personal funcionario.

c) Y el artículo 103.3 CE, ubicado en el Título IV de la Constitución, rubricado *“Del Gobierno y la Administración”*, que dispone 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, (...)”*. Como se expone más adelante, el principio de igualdad se traduce, en el ámbito del acceso al empleo público, en que estos principios de mérito y capacidad son los criterios para seleccionar al personal funcionario y laboral del Sector Público.

Además, debe tenerse en cuenta el artículo 103.1 CE, que obliga a las Administraciones Públicas a servir con objetividad al interés general y al principio de eficacia. A este respecto, por un lado, la Administración Pública necesita empleados válidos y eficaces para cumplir sus fines de interés general, y, por otro lado, los ciudadanos aspiran a obtener un empleo público que les dé estabilidad laboral y una verdadera carrera administrativa.¹⁹⁹ Así pues, el principio de igualdad de condiciones en el acceso al empleo público se entrelaza con los esenciales principios vertebradores de las Administraciones Públicas: objetividad, servicio al interés general, eficacia y legalidad, todos ellos reconocidos en el texto constitucional. Y es que sólo cabe hablar de una Administración Pública orientada

¹⁹⁸ El sujeto activo son “los ciudadanos”, por una interpretación sistemática con el apartado 1 del mismo artículo 23.

¹⁹⁹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección del personal permanente de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001, pg. 33.

hacia los intereses generales y no a los de partido, cuando el personal es seleccionado con las garantías constitucionales.²⁰⁰

El derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad, además de ser un derecho fundamental, forma parte de la estructura fundamental del Estado Democrático y de Derecho, de modo que, como indica MARTÍN MORENO, en los procesos selectivos para acceso a la función pública no sólo se ventila el interés de la Administración y el de los opositores, sino que la igualdad en el acceso a la función pública constituye “una de las bases fundamentales del Estado Constitucional”.²⁰¹

El significado de este derecho fundamental proviene del momento histórico en que fue consagrado, la Revolución Francesa y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en un movimiento caracterizado por la abolición de los privilegios del “Antiguo Régimen”, siendo la nueva regla general la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Según el Preámbulo de dicha Declaración, “ya no hay noblezas, ni parias, ni distinciones (...) ni ninguna otra superioridad de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones, ya no hay enajenación, ni herencia de ningún oficio público”. Cada derecho reconocido implica la suspensión de una serie de abusos”.²⁰²

Por tanto, uno de los primeros resultados de la Revolución Francesa fue precisamente la eliminación de las enajenaciones de oficios públicos y la admisión de todos los ciudadanos a los empleos públicos en condiciones de igualdad. Así, puede decirse que la aparición de la burocracia profesional está directamente relacionada con el nacimiento del Estado Moderno, pues con anterioridad, bajo el “Antiguo Régimen” o feudalismo, la mayoría de las funciones públicas “eran patrimonio de la aristocracia, jerarquizada por la relación personal de vasallaje, y los cargos se transmitían por herencia”.²⁰³

La citada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano dispone en su artículo 6 que “*todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos*”.²⁰⁴ Este precepto contiene ya dos ideas esenciales: que el acceso al empleo público está

²⁰⁰ EMBID IRUJO, A., “Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español”, *RAAP*, nº. 13, 1993, pg. 33.

²⁰¹ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 10. Se ha indicado que “entre los muchos factores que favorecer la calidad de gobierno, la existencia de una burocracia meritocrática –entendida como una burocracia no politizada– aparece como un factor con una gran capacidad explicativa”. (LAPUENTE GINÉ, V., “El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas”, *DA*, nº. 286-287, 2010).

²⁰² DEL VECCHIO, J., *Los derechos del hombre*, Editorial Reus, Madrid, 1914, pg. 64.

²⁰³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1997, pgs. 26 y 27.

²⁰⁴ En la misma línea se sitúan las Declaraciones americanas.

determinado por el principio de igualdad, y que la igualdad significa que los criterios de selección son el mérito y la capacidad (“capacidad, virtudes y talentos”, dice la Declaración).

El principio de igualdad en el acceso a la función pública es, pues, resultado de los postulados de la Ilustración del Siglo XVIII y se instaura en el pensamiento liberal, dando como resultado la idea de que es preciso seleccionar a una burocracia caracterizada por la profesionalidad, la permanencia y la neutralidad, y que su selección ha de basarse en los méritos y capacidades de las personas. Desde entonces, el derecho fundamental del que tratamos ha sido incluido en las distintas Constituciones, constituyendo un verdadero contenido “típico” de las mismas.²⁰⁵

Por otro lado, el derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad se ha universalizado mediante su reconocimiento en las Declaraciones de Derechos. Además de en la ya citada Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, tal derecho ha sido reconocido expresamente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 21.1 indica que *“toda persona tiene derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”*, y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966²⁰⁶, en términos muy similares.²⁰⁷

Por su parte, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 no alude expresamente al derecho de que tratamos, pero, como indica MARTÍN MORENO²⁰⁸, ello se debe a que este Convenio centra su objetivo más bien en asegurar las libertades básicas del individuo. Así, y con carácter general, puede concluirse que las Constituciones Europeas del presente siglo y los Acuerdos internacionales han reconocido expresamente el derecho de los ciudadanos de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

En cuanto a nuestro país, el primer reconocimiento constitucional tuvo lugar en la Constitución de 1837, que dispuso que *“todos los españoles son admisibles a los empleos y cargos públicos, según mérito y capacidad”*. En cuanto se refiere a

²⁰⁵ Sobre el reconocimiento de este derecho fundamental en las Constituciones europeas y americanas, me remito a lo expuesto por MARTÍN MORENO en *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 15 y ss.

²⁰⁶ Disponiendo que *“todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades: (...) c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”*.

²⁰⁷ Procede hacer esta referencia a las Declaraciones Internacionales también porque el artículo 10.2 de nuestra Constitución dispone que sus normas sobre derechos fundamentales deben ser interpretadas *“de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

²⁰⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 26.

la primera Constitución, la de 1812, ésta había vinculado los empleos públicos a la ciudadanía española. El Estatuto Real de 1834 prescindió de la lista de derechos fundamentales, pero en ese mismo año se formalizó en las Cortes la petición de que la Constitución los incorporara, entre ellos el de acceso en condiciones de igualdad a los empleos civiles y militares, y, desde entonces, todas las Constituciones españolas han recogido este derecho.²⁰⁹ Así, en iguales términos a los de la Constitución de 1837 se expresó la Constitución de 1845.

Por su parte, las Constituciones de 1869 y 1876 reconocieron este derecho en idénticos términos, y la Constitución de 1931 dispuso que *“todos los españoles sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen”*. Finalmente, la actual Constitución de 1978 reconoce en su artículo 23.2 el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, y también añade en el artículo 103.3 que la ley regulará el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Procede también hacer referencia a la vinculación entre el principio democrático y la función pública, ya que el derecho del artículo 23.2 CE, como señala SANTAMARÍA PASTOR, constituye la *“auténtica vertiente subjetivada de toda la estructura democrática del Estado”*.²¹⁰ En esta línea, ARROYO YANES²¹¹ indica que el principio de igualdad refleja el *“ideal democrático”* según el cual existe la potencial vocación de todos los ciudadanos en general de acceder a las funciones públicas, de manera que sería una vertiente *“participativa”*. En consecuencia, la legitimidad democrática del sistema organizativo de la Administración depende en buena medida de que la selección de empleados públicos sea objetiva e imparcial, basada en los principios de mérito y capacidad. De hecho, la doctrina viene incluyendo dentro de los derechos de participación política al derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos no representativos.²¹²

También PARADA VÁZQUEZ entiende que el principio de mérito y capacidad es un principio de justificación democrática tan válido y sólido como el principio electivo²¹³. De este modo, el principio electivo rige si se trata de cargos

²⁰⁹ MORELL OCAÑA, L., *“Dirección...”*, op.cit., pgs. 28 y 29.

²¹⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *“Comentario al artículo 23 de la Constitución”*, en *Comentarios a la Constitución*, Dir. GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 1980, pg. 62.

²¹¹ ARROYO YANES, L.M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Universidad de Cádiz y Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pg. 192.

²¹² PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas: (un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1992, pg. 54 y ss.

²¹³ PARADA VÁZQUEZ, R., *“Empleo público y globalización”*, DA, nº. 142, pg. 29 y ss., y *“La degeneración del modelo de Función Pública”*, RAP, nº. 150, 1999, pg. 419 y ss. En el mismo sentido, VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pg. 39.

públicos representativos, y el principio de mérito y capacidad rige si se trata de cargos públicos no representativos. En efecto, en el ámbito de los cargos representativos, se trata de opciones políticas que han de obtener el apoyo popular a través de la libre elección, mientras que en los empleos públicos la selección se basa en el mérito y la capacidad, pues en este ámbito lo que se necesita es la aptitud profesional de la persona. Como indica GARRIDO FALLA²¹⁴, sin perjuicio de las críticas que pueda recibir, el sistema de oposiciones merece ser calificado como la más importante aportación española al principio de igualdad de oportunidades y a la democracia desde 1812.

Si bien el Tribunal Constitucional liga más directamente al principio democrático a los cargos representativos (el sufragio pasivo, considerado como la contrapartida necesaria del sufragio activo), también reconoce su conexión con las restantes funciones públicas (no representativas). Así, la STC 71/1989 indica que “en el artículo 23 se reconocen, de un lado, el derecho a acceder a puestos funcionariales, a través del cual se despliega un aspecto de la participación política de los ciudadanos en el sistema democrático, en conexión con los principios de soberanía del pueblo y de pluralismo político consagrados en el artículo 1 de la Constitución”.

Tal y como se ha indicado, el acceso al empleo público está directamente relacionado²¹⁵ con los esenciales principios vertebradores de las Administraciones Públicas reconocidos en el texto constitucional aludiendo la STS de 9 de diciembre de 1986 al interés público consistente en “obtener los servicios de las personas más capacitadas”. Por tanto, los principios de mérito y capacidad no sólo forman parte de un derecho fundamental de igualdad del ciudadano, sino que también se desprenden de los propios principios propios de la Administración citados, pues no puede haber eficacia ni servicio adecuado al interés general sin empleados públicos capacitados.

En definitiva, la distinción entre cargos representativos y no representativos afecta al contenido del derecho de acceso a los mismos en condiciones de igualdad:

a) En cuanto al derecho de acceso a los cargos públicos representativos, se viene entendiendo mayoritariamente que debe entenderse poniéndolo en conexión con el derecho de participación en los asuntos públicos, de manera que el primero sería la vertiente pasivo y el segundo la vertiente activa de la participación política. Ésta es la doctrina que viene siguiendo el Tribunal Constitucional²¹⁶ en la mayoría de sus resoluciones, de manera que el derecho de

²¹⁴ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pg. 102.

²¹⁵ En esta misma línea, ver DE LA MORENA Y DE LA MORENA., “El acceso...”, op.cit., pg. 5 y ss.

²¹⁶ Así, el la STC 27/1990, entre otras, indica que el contenido esencial del derecho de sufragio pasivo del artículo 23.2 CE, en íntima conexión con el derecho de sufragio activo, es “asegurar que accedan al cargo público aquellos candidatos que los electores, en quienes reside la soberanía popular, hayan elegido como sus representantes,

acceso a los cargos públicos representativos queda ligado íntimamente, de modo esencial, al concepto de democracia representativa, afectando a la esencia de nuestro sistema político.²¹⁷

b) En cuanto al derecho de acceso a las funciones públicas, la doctrina y el Tribunal Constitucional vienen poniéndolo en conexión sistemática con el artículo 103.3 CE, que ordena al legislador que regule el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.²¹⁸

El criterio para distinguir entre ambas categorías es el mecanismo que en cada caso instaura la relación: en el caso de los cargos públicos representativos (sufragio pasivo) se trata de una elección; el acceso al cargo público representativo se produce por “voluntad del electorado”, mientras que el acceso al cargo funcional se produce “por voluntad de la Administración”.²¹⁹

Así, en el ámbito de los cargos representativos, rige la elección libre del electorado, mientras que para los cargos no representativos, rige el criterio objetivo de mérito y capacidad, y la Administración no es libre para asignar los empleos públicos. Al elemento representativo democrático le corresponde decidir la estructura y organización administrativa y la creación de puestos de trabajo, pero la decisión sobre quiénes son las personas que cubrirán tales puestos debe adoptarse mediante el criterio selectivo (no electivo o político), lo cual implica que el órgano que toma esta decisión ha de ser imparcial y exclusivamente técnico.²²⁰

2.- EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS

2.1.- Introducción

Como se ha expuesto, son tres los artículos de la Constitución que afectan de manera directa al acceso incondiciones de igualdad a los empleos públicos: el

satisfaciéndose, por tanto, dicho derecho siempre que se mantenga la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos”.

²¹⁷ Entre otras, pueden citarse en esta línea las SSTC 45/1983, de 25 de mayo, 28/1986, de 20 de febrero, 76/1987, de 25 de mayo, 78/1987, de 26 de mayo y 168/1989, de 19 de julio.

²¹⁸ No obstante, como diré más adelante, el hecho de que sea el artículo 103.3 de la Constitución el lugar sistemático donde el Constituyente quiso reconocer explícitamente los principios de mérito y capacidad, ello no obsta a considerar que estos principios, Junto con el de publicidad y transparencia, forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad.

²¹⁹ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 117.

²²⁰ SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica de los Tribunales de Selección de Personal en la Administración Local: una asignatura pendiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 19, de 15 de octubre de 2000, pg. 3133.

artículo 23.2, referido al acceso a las “*funciones y cargos públicos*”, el artículo 14, que reconoce el derecho fundamental de igualdad, y el artículo 103.3, que prevé el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Así, la Constitución reconoce expresamente en su artículo 23.2 el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, que, en cuanto se refiere al empleo público no representativo, son los puestos de naturaleza funcional. En cuanto a los empleos de naturaleza laboral, tanto en las Administraciones Públicas como en el Sector Público, existe también ese derecho de acceso en condiciones de igualdad, pero el mismo resulta no del artículo 23.2 CE, sino del artículo 14 CE, que reconoce el derecho fundamental a la igualdad.

Parte de la doctrina ha discutido incluso la independencia conceptual entre los artículos 23.2 y 14 CE. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en sentencias como las SSTC 67/1989 y 27/1991, ha señalado que el derecho del artículo 23.2 CE es una especificación del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE²²¹, pero viene reiterando que, cuando se alega discriminación en el acceso a las funciones públicas por motivos distintos de los criterios explicitados en el artículo 14 CE, debe alegarse concretamente el artículo 23.2 CE. (Ver las SSTC 78/2007, 75/1983, 50/1986 y 167/1998. Por su parte, autores como PUERTA SEGUIDO²²², consideran que el artículo 23.2 CE otorga un plus de protección, de manera que, solamente con el artículo 14 CE no se podrían haber atendido ciertas demandas de amparo que finalmente han prosperado gracias a la alegación del artículo 23.2. Así, parece que “el extra” que aporta el artículo 23.2 CE sería que tampoco puede discriminarse el acceso a la función pública por otros motivos, aunque no figuren en el artículo 14 CE expresamente.²²³

Y, en esta línea, es cierto que el Tribunal Constitucional reiteradamente indica que, en los casos de lesión de este derecho fundamental, no procede alegar el artículo 14, sino el 23.2 CE. También GARCÍA ROCA²²⁴ entiende que la estructura normativa y los contenidos igualitarios del artículo 23.2 no son los mismos que los del artículo 14, puesto que la igualdad democrática participativa en una democracia representativa es un tipo de igualdad compleja que posee rasgos

²²¹ Ver también SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pg. 87, y VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 42 y ss.

²²² PUERTA SEGUIDO, F., “El acceso a los empleos públicos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, pg. 399.

²²³ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional”, *RCEC*, nº. 12, 1992, y “El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo”, *CDJ*, nº. 7, 1993, e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, IAAP, Sevilla, 2004, pg.23.

²²⁴ GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos...*, op.cit., pg. 346 y ss.

específicos que permiten llegar a amparar derechos reaccionales o de defensa, de manera que la igualdad democrática del artículo 23.2 no se agota en la igualdad en la ley del artículo 14.

En todo caso, que el principio de igualdad por sí sólo nos lleva a la igualdad en el acceso al empleo público, y a la vigencia de los principios de mérito y capacidad, pues el único modo de tratar por igual a los ciudadanos a la hora de obtener el desempeño de los empleos públicos es valorar sus méritos y capacidad. Por ello, el verdadero plus del artículo 23.2 CE, es un plus de reiteración. En esta línea, RUBIO LLORENTE²²⁵ considera que el artículo 23.2 CE es innecesario por existir ya la cláusula general de igualdad del artículo 14, que da cobertura suficiente para acudir en amparo ante el propio Tribunal Constitucional. Ahora bien, como indica MARTÍN MORENO²²⁶, el reiterado incumplimiento de los principios de mérito y capacidad ha hecho necesaria la previsión singular del artículo 23.2 CE, más allá de la previsión general de igualdad del artículo 14 CE.

Se efectúa a continuación una referencia al ámbito subjetivo y objetivo de los derechos fundamentales de los artículos 23.2 y 14 CE, para concluir finalmente sobre la existencia de un concepto más amplio, que sería el del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos.

2.2.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los puestos funcionariales: ámbito objetivo y subjetivo

El ámbito objetivo de este derecho implica aclarar el concepto de “*funciones y cargos públicos*” empleado por el artículo 23.2 CE. En primer lugar, debe hacerse alusión a la ya superada²²⁷ polémica acerca de si dicho artículo se refiere a cargos públicos tanto representativos como no representativos. Al respecto, algunos autores (como GARRIDO FALLA y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER) inicialmente realizaron una interpretación restrictiva de dicho artículo, entendiendo que el artículo 23.2 CE se refería exclusivamente a los cargos públicos de participación política y que la función pública estaba regulada en el artículo 103.3 CE. Incluso inicialmente, el propio Tribunal Constitucional así lo entendió en alguna sentencia como la STC 23/1984. Sin embargo, es ya consolidada la doctrina del Tribunal

²²⁵ RUBIO LLORENTE, F., Prólogo en PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 24 y ss.

²²⁶ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 84. También considera PULIDO QUECEDO que el artículo 23.2 CE especifica la regla de igualdad del artículo 14 CE, sin reiterarla. (PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 174).

²²⁷ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la Función Pública”, *RAP*, nº. 121, 1990, pg. 250. Ver también PULIDO QUECEDO, M., “Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)”, *REDC*, nº. 30, 1990, pg. 162.

Constitucional según la cual el artículo 23.2 CE se refiere también a los cargos públicos funcionariales.²²⁸

Por otro lado, dado que el artículo 23 CE se refiere a cargos públicos no representativos y a funciones públicas, es preciso delimitar ambos conceptos (cargo y función). Al respecto, PULIDO QUECEDO²²⁹ indica que el Tribunal Constitucional ha efectuado una delimitación negativa. Así, ha señalado que los cargos de los Colegios Profesionales no están comprendidos dentro de los cargos públicos del citado artículo 23.2 CE²³⁰, y también ha excluido los cargos en Consejos de Administración de Cajas de Ahorro. En el ATC 837/1985 no considera que sea cargo público el puesto de Director de música de una fundación pública por entender que se trataba de una relación laboral no sometida al Derecho Administrativo. También ha excluido del concepto a los representantes del personal de las Administraciones Públicas (STC 149/1988) y a los miembros de la Junta de Gobierno de una Facultad universitaria (STC 212/1993). Sin embargo, concluye el citado autor que la noción de cargo y función pública debería delimitarse de forma más precisa, y que quizás sea conveniente separar nítidamente los conceptos de cargo público no representativo, por un lado, y función pública, por otro, referido este último concepto al personal funcionario.

Gran parte de la doctrina considera que el artículo 23.2 CE se refiere a los cargos funcionariales. En esta línea puede citarse a PRADOS DE REYES²³¹, FERNÁNDEZ FARRERES²³², OJEDA AVILÉS²³³, RODRÍGUEZ-ARANA²³⁴, ARROYO YANES²³⁵, PALOMAR OLMEDA²³⁶ y PULIDO QUECEDO. Este último nos recuerda que el acceso con arreglo a los principios de mérito y capacidad se predicó del personal funcionario en los debates parlamentarios de elaboración de

²²⁸ Puede verse, entre otras muchas, las SSTC 5/1983, 10/1983, 21/1984, 50/1986, 148/1986, 17/1986 y 73/1998.

²²⁹ PULIDO QUECEDO, M., "Algunas consideraciones...", op.cit., pg. 163 y ss. Indica este autor que el Tribunal Constitucional dio un paso adelante en la delimitación del concepto de cargo y función pública, al incluir en los mismos al "cargo funcional electivo", en el caso concreto de los Directores de Centros escolares.

²³⁰ En la STC 23/1984. Aunque PULIDO QUECEDO señala que esta sentencia podría interpretarse de otro modo, ya que partía de la consideración de cargo público como cargo representativo, por lo que no podía incluir dentro de este concepto los cargos de los Colegios Profesionales. (PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 363).

²³¹ PRADOS DE REYES, F., "Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (I) y (II)", *AL*, 1990-1, pg. 198.

²³² FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Régimen jurídico de la función pública...", op.cit., pg. 61 y ss.

²³³ OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, pg. 97.

²³⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, J., "El marco constitucional del acceso...", op.cit., pg. 276.

²³⁵ ARROYO YANES, L.M., *La carrera administrativa...*, op.cit., pg. 200 y ss.

²³⁶ PALOMAR OLMEDA, A., *El Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 103 y ss.

la Constitución, entendiéndolo dicho autor que “la referencia a la función pública que luce en el artículo 23.2 CE debe reservarse para el acceso a aquellos puestos en la Administración Pública cuya relación sea de naturaleza estatutaria”,²³⁷ de manera que “el carácter no estatutario o no sujeto al Derecho administrativo es criterio determinante para considerarse no incluido en el ámbito del artículo 23.2 CE”.²³⁸

Aunque señala este autor que el Tribunal Constitucional no ha abordado qué concepto de función pública se configura tras el artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, que excluía de la libertad de circulación de trabajadores a los empleos en la Administración Pública. Dado que se trata de una excepción a una libertad comunitaria de circulación, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado una interpretación restrictiva de esta excepción, (desde la sentencia de 12 de febrero de 1974, asunto SOTGIU, 152/1973), limitándola a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas.

Esta línea ha sido seguida por la Comunicación de la Comisión publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1988, que excluye de la excepción a “los Organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, Organismos de radiodifusión); los servicios operativos de salud pública; la enseñanza en los centros públicos; la investigación civil en los establecimientos públicos”.²³⁹

En relación con esta perspectiva comunitaria (que no debemos de olvidar que se ha dictado con ocasión de la interpretación restrictiva de una excepción a la libre circulación de trabajadores en el espacio europeo) sobre el concepto de funciones públicas, entiende PULIDO QUECEDO que el criterio funcional es aprovechable, de manera que “solo estaremos en presencia de funciones públicas cuando puede conectarse a una cierta idea de autoridad o imperio en el ejercicio de una función”. Este concepto funcional y no institucional nos lleva más allá del concepto literal de funcionario público.

Así, le permite concluir, incluso en relación con el fenómeno de huída del Derecho Administrativo, en su función de privatización de funciones públicas (como apoderamiento a particulares en régimen de contratación para ejercitar

²³⁷ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 353.

²³⁸ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 366.

²³⁹ Sobre la exclusión de la libertad de circulación de trabajadores en la UE de los empleos en la Administración Pública, puede verse, entre otros, FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas: perspectivas de una reforma”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 16, 2000.

funciones públicas con las consiguientes prerrogativas), que “desde la perspectiva del artículo 23.2 CE será necesario, en su caso, examinar su naturaleza para calificar primero si se ejecuta funciones públicas, para a continuación indagar si el personal a su servicio accede con arreglo a los principios de mérito y capacidad”.²⁴⁰ Parece entonces que postula aplicar el artículo 23.2 CE incluso en el caso de que no se trate de personal funcionario. En todo caso, la conclusión a la que finalmente llega el citado autor es que los cargos no representativos protegidos por el artículo 23.2 CE son un concepto que “cobija, principalmente, a los cargos de naturaleza funcionarial, en concreto a la función pública profesional”.²⁴¹

En esta línea puede indicarse que SÁNCHEZ MORÓN ha incluido dentro de los cargos no representativos amparados por el artículo 23.2 CE no solamente al personal funcionario en sentido estricto, sino también a cargos de representación de organizaciones sociales en el seno de las Administraciones Públicas u otras Corporaciones e Instituciones públicas (incluyendo aquí a los componentes de las Juntas y Consejos de Colegios Profesionales, a los componentes de las Juntas y Consejos de Universidad y escolares) a los funcionarios de las Cortes Generales, incluso a los supuestos de ejercicio privado de funciones públicas y personal contratado por las Administraciones en régimen de Derecho Administrativo.²⁴²

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que el artículo 23.2 CE, en su vertiente de funciones públicas, se refiere solamente al acceso a los puestos de naturaleza funcionarial. Así, la STC 281/1993 (reiterada por la STC 269/1993) entiende que el personal laboral no forma parte de la Función Pública, ni tampoco tiene la consideración de cargo público²⁴³.

Ahora bien, tampoco resulta fácil determinar qué ha de entenderse por personal funcionario, ya que España tiene un sistema dual de empleo público, mantenido por el Estatuto Básico del Empleado Público, por lo que los empleos públicos pueden ser desempeñados por personal laboral o funcionario. No es objeto de esta tesis doctoral discernir sobre los criterios que determinan cuándo un empleo público debe estar adscrito a personal funcionario o laboral, es decir, el modelo de empleo público adoptado en España. Y ello por cuanto, tanto si se trata de personal laboral, como si se trata de personal funcionario, será aplicable el principio de igualdad, y, en consecuencia, también los principios de mérito y

²⁴⁰ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 379.

²⁴¹ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 514.

²⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Comentarios al artículo 23.2”, en AA.VV., *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución Española de 1978*, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., Tomo II, Edersa, Madrid, 1984, pgs. 674 y ss.

²⁴³ También AATC 873/1985, de 5 de diciembre, 880/1985, de 11 de diciembre y 154/1987, de 11 de febrero.

capacidad en el acceso, puesto que en el caso del personal funcionario regirá el artículo 23.2 CE y en el caso del personal laboral el artículo 14 CE.²⁴⁴

En todo caso, deben entenderse incluidos dentro del concepto de personal funcionario (incluido en el artículo 23.2 CE) el personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, el personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas, los Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, el personal militar de las Fuerzas Armadas, el personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y el personal retribuido por arancel.

Por otro lado, también hay autores que postulan la aplicabilidad del artículo 23.2 CE al personal laboral, pudiendo citarse a GODINO REYES, GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, FONDEVILA ANTOLÍN, LEÓN CAVERO y BAL FRANCES, SALA FRANCO, MONTORO CHINER, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR y PUERTA SEGUIDO²⁴⁵. En general se alude a la conexión entre los artículos 23.2 y 103.3 CE, el reconocimiento por ley de la vigencia de los principios de mérito y

²⁴⁴ Aunque sí debe indicarse que esta dualidad de regímenes de personal (funcionarial y laboral) genera dos cuestiones:

- La delimitación de los puestos de trabajo en los que procede cada régimen.
- Respecto del personal laboral, se plantea la necesidad de conciliar las normas tuitivas del Derecho Laboral que atribuyen al trabajador la condición de fijo en determinados casos, con la normativa administrativa que impone la tramitación de procesos selectivos (basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad) para acceder a la condición de laboral del Sector Público.

Ambas cuestiones ya son expuestas por BORRAJO DACRUZ, E., "Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial", *AL*, nº. 2, 1998. En todo caso, puede destacarse el estudio sobre distinción de los puestos de trabajo para funcionarios y para laborales llevado a cabo por BOLTAINA BOSCH, X, en *Los puestos de trabajo del personal laboral en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, así como lo expuesto por ORTEGA ÁLVAREZ, L., en "Introducción", en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007.

²⁴⁵ GODINO REYES, M., *El contrato de trabajo en las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, pg. 130 y ss., GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., "¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas? Comentario a la STC 281/1993, de 27 de septiembre", *JCTSS*, 1993, pg. 681 y ss., y *REDT*, nº. 72, 1995, FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público, especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Atelier, Barcelona, 2008, pg. 105 y ss., LEÓN CAVERO, R.A., y BAL FRANCES, E., "Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas", *AJA*, nº. 296, 1997, pgs. 1 y 2, SALA FRANCO, T., *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, INAP, Madrid, 1989, pg.25 y ss., MONTORO CHINER, M^a.J., "El marco jurídico constitucional sobre el acceso a los empleos públicos", en AA.VV., *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998, pg. 198 y ss., DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., *Empleo y prestación de servicios en la Administración Pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006, pg. 70, MAIRAL JIMÉNEZ, M., *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, CEMCI, 1990, pg. 132, y PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 55.

capacidad en el acceso a los empleos públicos laborales, la necesaria imparcialidad de todos los empleados públicos, y el fenómeno de laboralización del empleo público en España. Ahora bien, el ámbito subjetivo del derecho reconocido en dicho artículo 23.2 viene determinado por lo que en él se establece, es decir, que acoge a quienes desempeñen “funciones y cargos públicos”, y lo cierto es que es dudoso que los empleos públicos laborales sean funciones o cargos públicos.

Dentro de la interpretación amplia del artículo 23.2 CE, puede citarse también a MARTÍN MORENO²⁴⁶, que entiende que todos los empleos en las Administraciones Públicas, costeados con cargo a los presupuestos públicos, deberían tener la misma protección constitucional, proponiendo un concepto material (no formal) de las “funciones públicas”. El citado autor alude al fenómeno de laboralización que ha tenido lugar mediante la creación de Entidades Públicas sometidas al Derecho Privado, sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, que asumen funciones públicas, pero cuyo personal es laboral, de modo que parece que, en virtud de la decisión de autoorganización de la Administración Pública (consistente en optar por crear alguna de estas Entidades flexibles), donde existía el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, ahora ya no existe, porque los nuevos empleados públicos, al no ser funcionarios, parecen quedar fuera del radio de acción de dicho artículo. De esta manera, parece que la Administración Pública, en virtud de la decisión de atribuir a los puestos de trabajo carácter laboral o funcionarial, determina si son aplicables o no las garantías del artículo 23.2 CE, de manera que la Administración Pública decidiría si el radio subjetivo del artículo 23.2 CE es mayor o menor.

Sin embargo, esta aseveración no es tan radical en el plano jurídico, porque la Constitución, como mínimo, exige que las funciones públicas sean desempeñadas por funcionarios, y cuáles sean esas funciones públicas reservadas a ellos es algo que la propia ley debe especificar, al menos estableciendo los criterios para realizar esta especificación. Así resulta de la doctrina del Tribunal Constitucional, especialmente la expuesta en la sentencia 99/1987. Lo que hay que plantearse es si resulta inconstitucional la atribución de funciones públicas y de autoridad que en las Entidades Instrumentales y Organismos Reguladores, se efectúa a favor del personal laboral.

Lo cierto es que la expresión “funciones públicas” empleada por el artículo 23.2 CE parece aludir, más bien, a los puestos de naturaleza funcionarial, por lo

²⁴⁶ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 86 y ss. También SÁNCHEZ MORÓN concluye que existen varios criterios interpretativos del concepto “cargos y funciones públicas”: criterio sustantivo, según el cual son tales funciones las que implican ejercicio de potestades administrativas, criterio teleológico, según el cual se trata de las funciones que impliquen actividades de interés público, criterio orgánico, según el cual son funciones públicas las realizadas en el seno de una Administración o Poder Público y, finalmente, criterio formal, según el cual las funciones son públicas si la relación jurídica de quien las desempeña es de Derecho Público. (SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., Tomo II, Edersa, Madrid, 1997, pg. 672 y ss.).

que los puestos de trabajo en régimen laboral en las Administraciones Públicas y en el resto del Sector Público quedan fuera del ámbito de protección de este derecho.

En cuanto se refiere al ámbito subjetivo del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, dicho artículo no expresa de manera explícita quién es el titular del derecho fundamental en él reconocido, sino que solamente dispone que *“asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes”*. Por tanto, efectuando una interpretación gramatical y sistemática, la doctrina mayoritaria acude al apartado primero de dicho artículo 23 CE, que se refiere a los ciudadanos, cuando regula el sufragio activo. Además, el propio artículo 23.2 CE se refiere a los *“requisitos que señalen las leyes”*, que, por tanto, parece que podrían afectar a la determinación del sujeto del derecho.

Como indica PALOMAR OLMEDA²⁴⁷, la cuestión del sujeto en la redacción del citado artículo 23.2 CE no planteó dudas durante la tramitación de la Constitución Española, pues el texto no sufrió cambios respecto de que se contenía en el Anteproyecto Constitucional publicado en el Boletín Oficial del Congreso de 5 de enero de 1978. En todo caso, debe tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 13.2 CE, según el cual *“solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”*.

En cuanto se refiere al derecho de acceso a las funciones públicas, entendidas como puestos de trabajo de carácter funcionarial, el artículo 30 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado estableció la nacionalidad española como requisito para ser admitido a las pruebas selectivas previas al ingreso en la Administración Pública. Esta exigencia hubo de modularse con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea. Así, el artículo 48.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea excluye de la libertad de circulación de trabajadores a los empleos en la Administración Pública, pero el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha realizado una interpretación restrictiva de esta excepción, (desde la sentencia de 12 de febrero de 1974, asunto SOTGIU, 152/1973), limitándola a aquellos empleos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas.

Concretamente, la sentencia del citado Tribunal de 17 de diciembre de 1980 (Comisión/Bélgica, 149/1979) aclaró que la excepción se refiere a "un conjunto de empleos que comportan una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público, en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia

²⁴⁷ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública, Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2011, pg. 77.

de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas", de manera que recoge, pues, un criterio de delimitación no organicista, sino funcional.²⁴⁸

Por su parte, la Comisión, en una comunicación publicada en el DOCE de 18 de marzo de 1988, indicó que la excepción de la que tratamos se refiere a "las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden serle asimiladas, como son las fuerzas armadas, la policía y las otras fuerzas de orden público; la magistratura; la administración fiscal y la diplomacia". Y también incluye en la excepción los empleos en los ministerios del Estado, de los gobiernos regionales, de las colectividades territoriales y de otros Organismos asimilados y de los bancos centrales, en la medida en que se trate del personal (funcionarios y otros agentes) que realiza las actividades organizadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de otra persona moral de Derecho Público, actividades tales como la elaboración de los actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los Organismos dependientes.

La Comisión dirigió sus esfuerzos para excluir la excepción en los siguientes sectores: "los Organismos responsables de la gestión de un servicio comercial (por ejemplo, transportes públicos, distribución de electricidad o gas, compañías de navegación aérea o marítima, correos y telecomunicaciones, Organismos de radiodifusión); los servicios operativos de salud pública; la enseñanza en los centros públicos; la investigación civil en los establecimientos públicos".

Como consecuencia de esta doctrina, se dictó la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, la cual finalmente ha sido derogada por el Estatuto Básico del Empleado Público, que ha optado por regular la cuestión en su artículo 57, cuyo apartado 1 señala que *"los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas"*.²⁴⁹

²⁴⁸ Ratificado en las sentencias de 26 de mayo de 1982 (dictada en el mismo asunto) y de 16 de junio de 1987 (Comisión de las Comunidades-República Italiana, 225/85), entre otras.

²⁴⁹ La redacción vigente del Estatuto Básico del Empleado Público resulta en general conforme al derecho de libre circulación de trabajadores en la Unión Europea. (Ver ORDÓÑEZ SOLÍS, D., "Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea", AA, n.º 3, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 de febrero de 2012).

2.3.- El derecho de acceso en condiciones de igualdad a los puestos laborales del Sector Público: ámbito objetivo y subjetivo

El hecho de que el artículo 23.2 CE no resulte aplicable a los empleos laborales del Sector Público no significa que dejen de serle aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso. Efectivamente, la aplicación de estos principios en el acceso a los cargos públicos no funcionariales resulta, en todo caso, del artículo 14 CE, que reconoce el principio de igualdad, el cual, como se ha indicado, tiene también la naturaleza de derecho fundamental, por tanto, con la misma protección que el artículo 23.2 CE. Y, en el ámbito de la selección para el acceso a los empleos públicos, la igualdad significa que dicha selección ha de hacerse tomando como criterio único los principios de mérito y capacidad (pues en caso contrario el criterio de selección sería el favoritismo, contrario a la igualdad).

De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ubica en esta línea, puesto que también exige el respeto a los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral, con base en el artículo 14 CE.²⁵⁰ Así, la conexión del artículo 103.3 CE con el artículo 23.2 CE también existe con el artículo 14 CE, de modo que los principios de mérito y capacidad también son plenamente aplicables, por imperativo constitucional, a la selección del personal laboral.²⁵¹

Además, son reiteradas las sentencias del Tribunal Supremo que, con ocasión de las irregularidades en la contratación laboral temporal, han declarado inaplicables sin matización las reglas tuitivas del Derecho Laboral frente a dicho fraude, por regir en el ámbito de la selección del personal laboral los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.²⁵² De hecho, también se ha fundamentado la aplicación de los principios de mérito y capacidad al personal laboral de las Administraciones Públicas en el artículo 9.3 CE, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos²⁵³ También se ha destacado la conexión del

²⁵⁰ Ver las SSTC 281/1993, 265/1993, 86/2004 y 132/2005, entre otras.

²⁵¹ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 44, y BELADÍEZ ROJO, M., "El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. CASAS BAAMONDE, M^a. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009, pg. 577 y ss. Como indica, entre otros muchos, LANDA ZAPIRÁIN, los principios constitucionales de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución afectan a todo el empleo público, con independencia de que el vínculo sea contractual o funcional. (LANDA ZAPIRÁIN, J.P., *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, CES, Madrid, 1999, pg. 205).

²⁵² Destaca como punto de inflexión la STS de 7 de octubre de 1996 y también la de 20 de enero de 1998.

²⁵³ Ver en este sentido a SALA FRANCO, T., *Incidencias de la legislación...*, op.cit., pg. 26, FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Constitución y empleo público: estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, Comares, Granada, 2000, pg. 214, y SÁNCHEZ ICART, J., "Contratación laboral por la Administración Pública: consecuencias jurídicas del

artículo 14 CE con el artículo 103.1 CE, que recoge los citados principios de objetividad y eficacia, de donde se desprende que, para lograr la vigencia de tales principios, la selección del personal laboral ha de regirse por el mérito y la capacidad.²⁵⁴

En cuanto al ámbito objetivo del derecho del que tratamos, es preciso determinar si el artículo 14 CE es aplicable no solo al personal laboral de las Administraciones Públicas, sino también al personal laboral de todas las Entidades pertenecientes al Sector Público.

A este respecto, debe señalarse que el concepto de empleo público a los efectos de nuestro estudio no puede ser el definido en el Estatuto Básico del Empleado Público, porque éste sólo se refiere a los empleados públicos de las Administraciones Públicas, por lo que su concepto de empleado público es el de empleado público de las Administraciones Públicas.²⁵⁵ Así, dicho concepto se define en el TÍTULO II del EBEP, que se titula “*Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas*”. Y, en este contexto, el artículo 8 (titulado “*Concepto y clases de empleados públicos*”) dispone que “*1. Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales*”. Y el artículo 11.1 señala que “*es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo (...) presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas*”.

De hecho, el propio EBEP indica en su artículo 1 que su objeto es “*establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*”, así como “*determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*”. Por tanto, la labor normativa del EBEP se refiere, única y exclusivamente, al personal de las Administraciones Públicas, y lo determinante del concepto de empleado público es el concepto de Administración Pública.

incumplimiento de la normativa aplicable”, *RL*, nº. 14, 1994, pg. 36. También la STC 83/2000, de 27 de marzo.

²⁵⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Constitución y empleo público...*, op.cit., pg. 214.

²⁵⁵ En todo caso, FUENTETAJA PASTOR señala que la expresión empleado público, “es de lo más confusa e imprecisa, pues conceptualmente carece de realidad referencial: no existe una relación jurídica de empleo público y, en consecuencia, no existe ninguna categoría de empleado público. Sólo existen funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal eventual y personal laboral”. (FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública”, en AA.VV., *Crisis económica y función pública*, Dir. FUENTETAJA PASTOR, J.A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pg. 81). Según MONTOYA MELGAR, el concepto de empleado público es “una fórmula unitaria excesiva pero no del todo retórica, pues hay en el Estatuto de 2007 un considerable tronco jurídico común a funcionarios y trabajadores”. (MONTOYA MELGAR, A., “Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas”, *RMTI*, nº. 93, 2011).

Este concepto, en el propio EBEP, no difiere sustancialmente de lo establecido por la normativa administrativa de carácter general²⁵⁶, ya que, en su artículo 2.1, dispone que *“este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:*

- La Administración General del Estado.*
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla.*
- Las Administraciones de las Entidades Locales.*
- Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.*
- Las Universidades Públicas”.*

Por tanto, el concepto de Administración Pública utilizado por el EBEP es sustancialmente el empleado por la Ley 30/1992. Y, como puede apreciarse, en el concepto de Administración Pública, el EBEP (a los solos efectos del EBEP, claro está), incluye *“los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”*. Obsérvese que todas las Entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una Administración Pública se consideran como Administración Pública por el EBEP, motivo por el cual a su personal laboral se le aplicarán las normas del EBEP relativas al personal laboral.

Ahora bien, el EBEP no considera Administración Pública a las Entidades del Sector Público que tienen personalidad jurídico privada, es decir, a las sociedades y fundaciones del Sector Público. Así, la Disposición Adicional Primera EBEP indica que *“los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”*. Las Entidades a las que se refiere esta Disposición Adicional son las sociedades y fundaciones del Sector Público, ya que el artículo 2 no se refiere a ellas, sino al resto de Entidades (*“Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público”*).

²⁵⁶ La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local.*

Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

Por tanto, se trata de principios que se aplican a esas Entidades privadas, pero no por ello su personal queda convertido en empleado público en el sentido del artículo 8 EBEP, porque dichas Entidades no son Administraciones Públicas. Por ello, el propio EBEP ha querido aclarar que los principios de los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 son aplicables a este personal, porque, si no lo disponía expresamente, nada sería aplicable a dicho personal, pues las sociedades y fundaciones del Sector Público no son Administraciones Públicas, en el sentido del propio EBEP (artículo 2.1). Por tanto, el citado personal no es empleado público a los efectos del EBEP.

Ahora bien, de lo que se trata en esta tesis doctoral, no es de analizar el concepto utilizado por el EBEP, es decir, el concepto de empleado público de una Administración Pública, sino que de lo que se trata es de analizar en qué ámbito rige la igualdad en el acceso a los empleos de cualquier Entidad que dependa, al menos financieramente, de una Administración Pública. Es decir, que el derecho fundamental del que tratamos, que tiene su base tanto en el artículo 23.2 CE, como en el artículo 14 CE, tiene un ámbito más amplio que el concepto de empleado público de una Administración Pública. Así, el citado derecho fundamental se refiere al acceso en condiciones de igualdad a los empleos de todo el Sector Público.

Sin embargo, el concepto de Sector Público, que es más amplio que el de Administración Pública, presenta dificultades en su definición. La Constitución menciona al Sector Público en varias ocasiones (artículos 128.2, 134.2 y 136), pero no explicita su definición exacta, aunque podemos entender que el criterio para incluir una Entidad dentro del Sector Público es la presencia de lo público en la naturaleza, titularidad o control de la persona jurídica.²⁵⁷

Por su parte, las leyes que han afrontado la tarea de determinación del Sector Público, lo han hecho con diferentes objetivos: así, para determinar los aspectos presupuestarios (Ley General Presupuestaria), para determinar las Entidades sujetas al control del Tribunal de Cuentas (Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas), las sujetas a la legislación sobre contratos del Sector Público (Ley 30/2007), así como el ámbito del régimen de incompatibilidades del personal (Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas), etc.

En cuanto a la normativa presupuestaria²⁵⁸, ésta ha acotado el concepto de Sector Público, aunque a efectos presupuestarios. Así, el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1091/1988,

²⁵⁷ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo en el Sector Público*, Comares, Granada, 2000, pg. 33.

Sobre las acepciones del concepto "sector público" puede verse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1998, pg. 223 y ss.

²⁵⁸ Ver un resumen de tal acotamiento en las distintas leyes Generales de Presupuestos del Estado en MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 36 y ss.

de 23 de septiembre, aplicable al Estado, distinguía las siguientes categorías dentro del Sector Público:

a) Los Organismos autónomos del Estado, clasificados en Organismos autónomos de carácter administrativo y Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos.

b) Las Sociedades Estatales, integradas por:

- Las Sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho Público.

- Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado.

c) En su artículo 6.5 se refería al *“resto de Entes del Sector Público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores”*.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, a los efectos del control fiscalizador de este órgano, incluye dentro del Sector Público a la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Entidades gestoras de la Seguridad Social, los Organismos autónomos y las Sociedades estatales y demás Empresas Públicas.

Sobre la base de esta normativa, indica MOLINA GARCÍA²⁵⁹ que hay dos condiciones para considerar incluida a una Entidad en el Sector Público: que maneje caudales públicos (incluso por vía de subvenciones), y que sea una Entidad de la Administración territorial o un Organismo Público, Sociedad estatal o empresa pública.

La posterior Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado²⁶⁰ (LOFAGE), intentó sistematizar mejor la situación, derogando, entre otras cosas, el problemático artículo 6.5 LGP, y eliminando los Organismos autónomos de carácter industrial, comercial, financiero o análogo. Esta ley, excepciones al margen, mantuvo la dicotomía entre Organismos Autónomos, sometidos al Derecho Administrativo, y Entidades Públicas Empresariales, sometidas al Derecho Privado, salvo ciertos aspectos. Elegir una figura u otra dependía de la actividad que se pretendiera realizar. Así, a los Organismos autónomos se les encomiendan *“actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos”*, mientras que a las Entidades Públicas Empresariales se les encomiendan *“actividades prestacionales, la gestión*

²⁵⁹ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 50.

²⁶⁰ Puede verse un completo estudio de los Organismos Públicos de la LOFAGE en BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Las Entidades Públicas Empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *DA*, nº. 246-247, 1997, pg. 438 y ss.

de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación”.

Debe matizarse que, a pesar de su vocación unificadora, la LOFAGE solamente regula lo referido a la Administración General del Estado, pues no alude a otras Administraciones Públicas en virtud del título competencial del artículo 149.1.18ª. Además, esta ley dejó la puerta abierta a la existencia de Entes Instrumentales con un estatuto peculiar, según resulta de sus artículos 42.2 y 43.3, que acababan por actuar sometidos al Derecho Privado. Es más, la propia LOFAGE excluye de su ámbito de aplicación a una larga lista de Organismos que se regulan por su régimen específico (Disposiciones Adicionales 6ª a 10ª).

Posteriormente se dictó la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, que introduce la figura de las Agencias, que no se rigen directamente por la LOFAGE, sino por su normativa específica, es decir, por la citada Ley 28/2006 y por sus respectivas normas de creación. Ahora bien, la figura de las Agencias no sustituye a los otros dos tipos de Organismos Públicos (Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales), sino que la Ley 28/2006 establece que, a partir de su entrada en vigor, los Organismos públicos que constituya la Administración General del Estado serán Agencias, pero los Organismos autónomos y Entidades Públicas Empresariales que ya existían sólo se convierten en Agencias si así lo dispone el Gobierno.

Siguiendo a MOLINA GARCÍA, puede entenderse dividido al Sector Público en dos subsectores: el empresarial y el no empresarial, clasificación tomada de la Contabilidad Nacional. El subsector empresarial está constituido por Entes, ya sean de personalidad pública o privada, que actúan en régimen de mercado ofreciendo bienes y servicios, y que pertenecen al Sector Público por estar bajo el control o la influencia dominante de los poderes públicos.²⁶¹ Según la citada autora, en virtud del criterio, extraído del Derecho Comunitario, de la influencia dominante, figuran dentro del Sector Público empresarial todos los Entes (públicos o privados) que estén bajo la influencia dominante de cualquier Administración, ya sea porque ésta posee la mayoría del capital suscrito, tiene la mayoría de votos o puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, control o vigilancia.

En este sentido, la Directiva 80/723 definió a la empresa pública como *“cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera, o de las normas que la rigen”*. Y tal influencia dominante existe, según la Directiva, cuando se posee la mayoría del capital social de la empresa, se dispone de la mayoría de votos, o se puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, control o vigilancia.

²⁶¹ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 73.

La más moderna Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, procede a una sistematización más detallada del Sector Público, aunque solamente estatal, estableciendo en su artículo 2 que forman parte del mismo:

“a. La Administración General del Estado.

b. Los Organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.

c. Las Entidades Públicas Empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros Organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

d. Las Entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, así como sus centros y Entidades mancomunados.

e. Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

f. Las fundaciones del Sector Público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.

g. Las Entidades estatales de Derecho Público distintas de las citadas en las letras b y c.

h. Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, y 87 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”.

Además, dicha ley distingue, dentro del Sector Público estatal, tres sectores: administrativo, empresarial y fundacional. Así, el Sector Público administrativo está integrado por: a) los sujetos mencionados en las letras a, b y d del citado artículo 2.1, y b) las Entidades mencionadas en las letras g y h de dicho artículo 2.1, que cumplan alguna de las dos características siguientes:

1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que

sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entregas de bienes o prestaciones de servicios.

El Sector Público empresarial está integrado por las Entidades Públicas Empresariales, las sociedades mercantiles estatales, y las Entidades mencionadas en las letras g y h del citado artículo 2.1 no incluidas en el Sector Público administrativo. Y el Sector Público fundacional está integrado por las fundaciones del Sector Público estatal.

Incluso puede hablarse de un concepto de Sector Público a los efectos de los gastos de personal del Estado español. En efecto, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado contienen también un concepto de Sector Público a efectos de regular los créditos de personal (a partir de la Ley 44/1983, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1984). Se trata de un concepto de Sector Público más amplio que el definido en la Ley General Presupuestaria, por cuanto incluye el sector autonómico y el sector local. Esta diferencia se explica por razones de competencia normativa, ya que la Ley General de Presupuestos del Estado se refiere al Sector Público estatal, pero en materia de gasto de personal el Estado ostenta competencia para fijar las bases y criterios de coordinación de la actividad económica, según el artículo 149.1.13ª y 16ª.

Este concepto a efectos de gastos de personal incluye las Entidades a que se refiere la citada Ley General Presupuestaria, e incluso ha ido más allá en alguna ocasión, pues la Ley 12/1996 incluyó dentro del Sector Público a las Sociedades mercantiles públicas que percibieran subvenciones del Estado o de cualquier ente o sociedad que perteneciera al Sector Público destinadas a cubrir déficit de explotación. En esta línea, el artículo 22 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010 dispuso que, a los efectos de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público, constituía Sector Público *“las sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos públicos o con cargo a los presupuestos de los entes o sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir déficit de explotación”*. Aunque esta previsión no se contiene en la actual Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013.

Precisamente PADROS REIG y COELLO MARTÍN analizan la transformación del concepto de empleo público con ocasión del ámbito de aplicación de la reducción salarial operada por el Real Decreto-ley 8/2010, en conexión con el artículo 22 de la citada Ley 26/2009, concluyendo estos autores que *“se agudiza el fenómeno de la irrelevancia de la personificación pública o privada a los efectos de la aplicación del Derecho administrativo. (...) podría pensarse en la extensión de la categoría de la ejecución administrativa por medios propios (contratación “in house”) también en temas laborales, de manera que aunque la personificación sea privada, si se cumplen determinados requisitos*

(financiación pública; cliente mayoritario o único las Administraciones; capacidad de gestión de la empresa, etc.), se aplique el derecho de la función pública y los consiguientes recortes salariales”.²⁶²

Otro buen ejemplo que avala la inclusión de todo el Sector Público dentro del ámbito subjetivo del derecho fundamental del que tratamos es la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, que contiene “*medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración*”, tendentes a evitar que los trabajadores de las empresas contratistas se conviertan en trabajadores de las Entidades del Sector Público a través del mecanismo de la cesión ilegal de trabajadores. Esta Disposición se declara aplicable a “*los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*”.

El Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, refiriéndose al ámbito subjetivo que debía tener el futuro Estatuto del Empleado Público, resulta muy orientativo. Dicho Informe señalaba que el citado Estatuto debía aplicarse “a todos los empleados de todas las Administraciones, Organismos y Entes que componen el Sector Público”²⁶³, especificando que debía aplicarse, además de a las Administraciones territoriales, Universidades y Organismos públicos de carácter administrativo, también a las siguientes Entidades:

- Entidades Públicas que tienen un régimen especial, tales como el Banco de España, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social o el Instituto Cervantes.

- Entidades u Organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional, sin perjuicio de las leyes y normas especiales que, en el marco del Estatuto Básico, puedan aprobarse en cada caso.

- Entidades administrativas de naturaleza administrativa creada por distintas Administraciones para cooperar entre sí que se financian mayoritariamente con fondos públicos, tales como las mancomunidades y los Consorcios, incluso si en éstos participan con carácter minoritario Entes privados.

- Entidades públicas de carácter empresarial, cuya personalidad es de Derecho Público, pero que en general se rigen por el Derecho Privado, tales como RENFE, AENA, ICO, etc.

- Entidades privadas (fundaciones y sociedades) que dependen de su Administración Pública matriz y se financian mayoritariamente con recursos públicos. Según el citado Informe, el personal de estas Entidades es empleo

²⁶² PADROS I REIG, C., y COELLO MARTÍN, C., “La extensión del concepto de “Empleo Público” a las empresas mercantiles. Algunos desarrollos recientes”, AS, Vol. 6, nº.1, 2013.

²⁶³ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 27.

público por razones sustantivas y económicas, debido a las funciones que desempeña, la dependencia pública de la empresa y el origen público de sus retribuciones.

No obstante, el mencionado Informe matiza que muchas de estas sociedades, aunque estén participadas mayoritariamente por una Administración Pública, se asemejan a una empresa privada por las funciones de producción de bienes y servicios que realizan, por lo que “no tendría demasiada justificación extender a ellas las reglas del Estatuto del Empleado Público, a salvo alguna alusión general a la observancia de los principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal”.

En cuanto a las sociedades participadas mayoritariamente por Administraciones Públicas a las que se les atribuye el ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, tales como la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público, el Informe sí considera que su personal forma parte del empleo público, por lo que “es necesario aplicar los principios y reglas comunes del Estatuto que regule el empleo público”.

La localización de este tipo de sociedades se efectúa, según el Informe, aplicando los “mismos criterios en virtud de los cuales la legislación vigente exige hoy que determinadas sociedades del Sector Público apliquen las normas de la contratación pública, esto es, aquellas sociedades creadas por una Administración o Ente Público para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, que dependan o estén controladas por la Administración matriz y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos (artículo 2.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas)”.

Por tanto, sí se considera empleo público el perteneciente a las sociedades que cumplan los mismos requisitos que se exigen para la aplicación de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Según esta ley, a los solos efectos de la misma:

a) Forman parte del Sector Público:

- Los Organismos autónomos, las Entidades Públicas Empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

- Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de Entidades del Sector Público sea superior al 50 %.

- Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias Entidades integradas en el Sector Público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en

más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

- Cualesquiera Entes, Organismos o Entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

b) Tienen la consideración de Administraciones Públicas:

- Las Entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

- Las Entidades de Derecho Público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o
2. Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

Aunque no tienen la consideración de Administraciones Públicas las Entidades Públicas Empresariales estatales y los Organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

c) Se consideran poderes adjudicadores:

- Todos los demás Entes, Organismos o Entidades con personalidad jurídica propia que no sean Administraciones Públicas, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

Como puede observarse, la legislación sobre contratación pública afecta a todo tipo de Entidades Públicas y también afecta a las sociedades de capital público en dos casos: en el caso de que en su capital social la participación, directa o indirecta, de Entidades del Sector Público sea superior al 50 % (en cuyo caso se les considera parte del Sector Público), y en el caso de que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban

considerarse poder adjudicador financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia (en cuyo caso se les considera poderes adjudicadores).

Ahora bien, no es lo mismo, a efectos de la Ley 30/2007, tener la consideración de Administración Pública, que de Sector Público, que de poder adjudicador, ya que, mientras que en el caso de las Administraciones Públicas se aplica íntegramente dicha ley, en los otros dos casos no se aplica íntegramente, sino que se reduce la intensidad de las normas concretas sobre procedimientos y garantías de la contratación.²⁶⁴

El propio Informe de la Comisión para el estudio y elaboración del EBEP, indicaba que, dado que el concepto de Sector Público abarcaba Entidades de tan distinta naturaleza, el Estatuto Básico del Empleado Público debía ser “un Estatuto de mínimos, esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales en todo el espectro del empleo que materialmente debe considerarse público”.²⁶⁵

Las mayores dudas han surgido respecto de la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a empleos en las denominadas Empresas Públicas y sociedades mercantiles de titularidad pública total o parcial. Al respecto, la doctrina ha discutido sobre la sujeción de las Empresas Públicas al artículo 23.2 CE²⁶⁶, aunque la mayoría concluye que éstas deben respetar el principio de igualdad en la selección de personal, pero más bien por imperativo del artículo 14 CE.²⁶⁷

En definitiva, aquellas Entidades privadas que están financiadas con dinero público o controladas por una Administración Pública, deben seleccionar a su personal con arreglo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, porque forman parte del Sector Público, debido a que, precisamente, están financiadas con dinero público, por lo que realizan una actividad propia o dirigida por la gestión pública.

²⁶⁴ Ver artículos 173 y ss. de la Ley 30/2007.

²⁶⁵ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 30.

²⁶⁶ SALA FRANCO, T, “La contratación temporal en la Administración Pública”, *PJ*, nº. 3, 1986, y CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Nota especial a la STSJ Navarra de 12 junio 1997”, *AL*, 1997/II, pg. 3606.

²⁶⁷ DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., “Contrato de trabajo y relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas”, en *Aspectos de la contratación laboral*, CDJ, nº. 20, CGPJ, 1992, pg. 61, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGO, J., “Las Relaciones especiales de trabajo en las Empresas Públicas”, *RL*, nº. 10, 1992, I, pgs. 311-312, y MUT GONZÁLEZ, F., *La aplicación del derecho del trabajo en las Empresas Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pg. 42 y ss. Pero también parte de la doctrina ha considerado que las Empresas Públicas no forman parte del concepto de Administración Pública y que por ello su personal no forma parte del empleo público en un sentido jurídico. En este sentido, ver BOLTAINA BOSCH, X., *Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pg. 18.

Asimismo, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, dispone en su artículo 2.1 que *“la presente Ley será de aplicación a: (...) g) El personal al servicio de entidades, corporaciones de derecho público, fundaciones y consorcios cuyos presupuestos se doten ordinariamente en más de un 50 por cien con subvenciones u otros ingresos procedentes de las Administraciones Públicas. h) El personal que preste servicios en Empresas en que la participación del capital, directa o indirectamente, de las Administraciones Públicas sea superior al 50 por 100”*.

En conclusión, el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos laborales comprende todos aquéllos empleos del Sector Público, tal y como lo define el apartado 1 del artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público²⁶⁸, y que comprende:

a. La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b. Las Entidades Gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c. Los Organismos Autónomos, las Entidades Públicas Empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d. Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de Entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 %.

e. Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, y la legislación de régimen local.

f. Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias Entidades integradas en el Sector Público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

g. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h. Cualesquiera Entes, Organismos o Entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su

²⁶⁸ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i. Las asociaciones constituidas por los Entes, Organismos y Entidades mencionados en las letras anteriores.

Incluso el concepto de sociedad del sector público puede ir más allá del dato formal de la participación en el capital social. Así, la Ley 4/2007, de 3 de abril, de Transparencia de las Relaciones Financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que traspone la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, define en su artículo 2 (con carácter de legislación básica), el concepto de empresa pública como “cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.

En esta línea, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, se declara aplicable a las sociedades mercantiles en las que : a) La Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las Entidades Instrumentales reguladas en dicha ley dispongan de la mayoría de los derechos de voto en la sociedad, bien directamente o bien mediante acuerdos con otros socios, y b) la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia o las Entidades Instrumentales reguladas en dicha ley tengan derecho a nombrar o a separar a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente o bien mediante acuerdos con otros socios.

En cuanto al ámbito subjetivo del derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos laborales del Sector Público, debe indicarse en primer lugar que el Estatuto Básico del Empleado Público sí ha establecido expresamente en su artículo 57 que *“los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles”*. Añadiéndose a ello también lo que resulte de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España (artículo 57.4 EBEP).

Dado que el artículo 9.2 EBEP reserva a los funcionarios públicos el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, las restricciones para acceder a empleos laborales en las Administraciones Públicas se rebajan aún más, bastando con ser extranjero con residencia legal en España. Como puede observarse, el artículo 57 EBEP solamente se refiere a los empleos laborales en las Administraciones Públicas, pero, tal y como se justifica en la presente tesis doctoral, los principios de igualdad, mérito y capacidad rigen también en el acceso a los empleos del Sector Público,

por lo que cabe extender lo previsto en el artículo 57 EBEP al resto de los empleos laborales del Sector Público.

2.4.- El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos del Sector Público

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el tenor literal y la estructura sistemática de la Constitución Española, puede decirse que existen dos reconocimientos en la misma:

- El derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, reconocido en el artículo 23.2 CE, que tiene por objeto los puestos de trabajo de naturaleza funcionarial.

- El derecho fundamental de acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza laboral del Sector Público, que resulta del artículo 14 CE.

Dado que ambos derechos tienen en esencia el mismo contenido, es decir, el acceso en condiciones de igualdad (es decir, de mérito y capacidad), podemos en realidad hablar de un único derecho fundamental, que sería el de acceso en condiciones de igualdad a los empleos del sector público (ya sean laborales o funcionariales). Por tanto, en la presente tesis doctoral se hablará del derecho fundamental de acceso a los empleos públicos (es decir, no sólo respecto del personal funcionario y estatutario, sino también del personal laboral del Sector Público).

El citado derecho fundamental se refiere a los empleos del Sector Público de naturaleza no eventual, es decir, que no comprende los puestos de trabajo atribuidos al personal eventual definido en el artículo 12 del Estatuto Básico del Empleado Público, porque este tipo de personal no es seleccionado por criterios estrictos de mérito y capacidad, sino libremente por los órganos autorizados a tal efecto, y, en definitiva, por criterios de confianza.

3.- CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD.

3.1.- Introducción

De acuerdo con la doctrina y jurisprudencia, debe distinguirse entre objeto del derecho y contenido del derecho.²⁶⁹ Así, FERNÁNDEZ MIRANDA distingue

²⁶⁹ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 97.

entre objeto del derecho, como “bienes jurídicos protegidos”, y contenido del derecho, como “facultades del titular” del derecho.²⁷⁰ Por su parte, JIMÉNEZ CAMPO²⁷¹ distingue entre el objeto del derecho como “el bien objeto de tutela” y el contenido del derecho, como “tutela jurídica misma”. En el caso concreto del derecho de acceso a los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE), considera FOSSAS ESPADALER²⁷² que el objeto de dicho derecho es la situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a estos cargos y en la permanencia en ellos, y que el contenido del mismo es la facultad de reaccionar contra los actos del poder público que impidan esa igualdad en el acceso o permanencia en el cargo público representativo. Estas consideraciones son también aplicables al derecho de acceso a las funciones públicas no representativas y, en general, al acceso a los empleos públicos.

Debe aclararse que no es objeto del derecho la ocupación de cargos (o el desempeño de funciones), sino la no discriminación, es decir, la situación jurídica de igualdad en la ley que determine los requisitos para dicho acceso y en la aplicación de dicha ley. En este sentido, en referencia al derecho de acceso a los puestos funcionariales, GARCÍA-TREVIJANO²⁷³ indica que se trata de un derecho subjetivo a la igualdad en el acceso.

Por otro lado, indica FOSSAS ESPADALER²⁷⁴, en referencia al acceso a los cargos representativos, que el principio de igualdad no agota el contenido del derecho fundamental, porque éste está condicionado, en cuanto a su ejercicio, a “los requisitos que señalen las leyes”. Y cita la STC 71/1989, que, para el caso del derecho de sufragio pasivo, indica que “el derecho fundamental incluye también, al margen del principio de igualdad, el respeto a las garantías formales establecidas en el procedimiento electoral”. Estos argumentos son trasladables al ámbito del acceso a las funciones públicas no representativas y a cualquier empleo público.

Además, tal y como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, el derecho a acceder a los cargos y funciones públicos comprende también el derecho a la permanencia en los mismos, es decir, el derecho a no ser removido de ellos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos, porque de otro modo, dicho derecho fundamental quedaría vacío de contenido. (Ver las SSTC 5/1983, 75/1983, 28/1984, 32/1985, 15/1988, 161/1988, 47/1989, 4/1991 y 200/1991, 212/1993 y 96/1997). No obstante, el aspecto de la permanencia en el puesto no es objeto de análisis en la presente tesis doctoral.

²⁷⁰ FERNÁNDEZ MIRANDA, A., *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990, pg. 125 y ss. Ver también PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990, pg. 135 y ss.

²⁷¹ JIMÉNEZ CAMPO, J., “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, nº. 20, 1987.

²⁷² FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 98.

²⁷³ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., “Consideraciones...”, op.cit., pg. 250.

²⁷⁴ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 101.

Por otra parte, el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos se refiere no solo al acceso libre, sino también a otros mecanismos de ocupación o provisión, como son la provisión interna (a través de concursos de méritos, traslados, libre designación, permutas, etc.) o la promoción interna (que permite acceder a Cuerpos o Grupos distintos siendo ya funcionario o laboral). Estos mecanismos distintos del acceso libre no son objeto de estudio en el presente trabajo.

Una vez expuesto lo anterior, procede analizar los siguientes aspectos del contenido del derecho fundamental objeto de estudio:

- Contenido de este derecho con incidencia en la configuración de las normas jurídicas: igualdad en la ley.

- Contenido de este derecho con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas: igualdad en la aplicación de la ley.

- Carácter reaccional de este derecho fundamental.

3.2.- Contenido con incidencia en la configuración de las normas jurídicas

Existe una serie de reglas que imponen límites al legislador y a las Administraciones Públicas a la hora de diseñar los procesos selectivos de acceso al empleo público, todas ellas derivadas de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La mayor parte de la jurisprudencia constitucional que se citará en este apartado se refiere a los cargos funcionariales, si bien, por identidad de razón, es aplicable al acceso en condiciones de igualdad a los puestos laborales y, en general, a todos los empleos del Sector Público (excepto los de naturaleza eventual).

3.2.1.- Predeterminación normativa

El Tribunal Constitucional ha señalado en las sentencias 73/1998, 48/1998, 138/2000 y 30/2008, entre otras, que el derecho del artículo 23.2 CE incluye el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas “con los requisitos que señalen las leyes” (artículo 23.2 C.E.), de modo que “la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan 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 indicados principios constitucionales [igualdad, mérito, capacidad]. Una verdadera predeterminación ha de asegurar que el órgano administrativo encargado de valorar a los candidatos no pueda actuar con un excesivo arbitrio, sino con el prudente y razonable que requiere el artículo 23.2 CE (...). En suma, la

fijación *ex ante* de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo”.²⁷⁵ Es decir, que existe “la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública”.²⁷⁶

Además, esta predeterminación normativa, tal y como indica la STC 30/2008, hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional, puesto que el Juez tendrá así un criterio con el que contrastar si la actuación administrativa se ha ajustado o no a las condiciones de igualdad, mérito y capacidad previamente establecidas (artículos 106.2 y 24.1 CE).

El respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, implica, tal y como ha destacado MARTÍN MORENO²⁷⁷, que la normativa reguladora del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad debe ser suficientemente detallada, porque, en caso contrario, disminuyen las posibilidades de realización efectiva del derecho, ya que la Administración no está controlada por normas jurídicas y ello además dificulta el control judicial sobre la actuación administrativa.

El citado autor se remite a BACIGALUPO, quien expone que la exigencia constitucional de programación normativa de la actuación administrativa ha de realizarse a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE.²⁷⁸ Así, la exigencia de programación legal de la actuación administrativa no sólo se justifica por el interés en reservar al legislador las decisiones más trascendentes o especiales, sino también “por el interés en que los jueces y tribunales dispongan de parámetros suficientes para poder controlar efectivamente la legalidad de la actuación administrativa”.²⁷⁹

En este sentido, alude MARTÍN MORENO a sentencias del Tribunal Constitucional que señalan la relevancia de un grado de predeterminación legal que permita un control posterior de la regularidad de la decisión administrativa, exigiéndose que la ley incorpore un mínimo de regulación material que oriente la actuación del reglamento y le sirva de programa o marco (SSTC 124/1994 y 185/1995), y concluye que “la reserva de ley existente al respecto debe plasmarse predeterminando el ulterior desarrollo reglamentario, marcando unas pautas claras y estables que reduzcan el papel del Poder Ejecutivo al mínimo indispensable”.²⁸⁰

²⁷⁵ STC 48/1998.

²⁷⁶ STC 30/2008.

²⁷⁷ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones y concursos en el Estado constitucional*, Liberlex, Granada, 2007, pg. 20.

²⁷⁸ BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pgs. 100 y 101.

²⁷⁹ BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad...*, op.cit., pg. 237 y ss.

²⁸⁰ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 26.

También realiza PÉREZ REY²⁸¹ una referencia a la seguridad jurídica y el fraude de ley, considerando inadecuadas “las técnicas legislativas que, lejos de sancionar conductas que por su frecuencia son por todos conocidas, siguen confiando la labor de reprimirlas a la teoría del fraude a la ley y, en consecuencia, a la labor judicial que asume un protagonismo en la gestión de los límites a la autonomía de la voluntad que, por su posición constitucional, no creemos que le corresponda”. Aunque el citado autor se refiere a la falta de regulación de determinados fraudes que habitualmente se producen en la contratación laboral temporal, este razonamiento es perfectamente extensible a la normativa sobre acceso al empleo público.

Pero no se trata ya solamente de que el legislador regule la materia con suficiente intensidad, sino que el deber de predeterminación afecta también al reglamento y a las bases reguladoras de los procesos selectivos. Así, la doctrina viene señalando que el margen de apreciación de los órganos de selección debe ser suficientemente limitado a la hora de completar los baremos, pues éstos son tarea del legislador y del reglamento.²⁸² En definitiva, se trata de que exista el suficiente detalle en la ley, como para que el reglamento tenga una guía clara a la hora de concretar en cada Administración Pública o Entidad. Pero además el reglamento debe ser también lo suficientemente detallado, como para que las bases reguladoras de los procesos selectivos no puedan configurarse *ad personam* o favorezcan injustamente a determinados colectivos; y, finalmente, se precisa que las bases reguladoras sean lo suficientemente detalladas como para que la actividad del órgano de selección que puntúa, valora y barema, pueda ser judicialmente controlada, es decir, que dicho órgano no cuente con un excesivo margen de discrecionalidad.

Además, los baremos deben ser previos a la celebración de las pruebas. Ya TARDÍO PATO señaló hace mucho tiempo que no puede ignorarse la necesidad de que los criterios de selección sean establecidos y hechos públicos a priori, y no en el momento de producirse la resolución.²⁸³ Sin embargo, varias décadas después de las aportaciones de TARDÍO PATO, han continuado produciéndose incumplimientos frontales de la predeterminación normativa. La doctrina ha destacado, como incumplimiento especialmente grave, el de la normativa universitaria, particularmente la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LORU), y su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 1888/1984. Así, MARTÍN MORENO se refiere al caso enjuiciado por el TSJ de la Rioja en sentencia de 4 de enero de 2002, relativo al incumplimiento del deber de predeterminación, que ya de por sí era escaso con la anterior normativa del

²⁸¹ PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pg. 198.

²⁸² LÁZARO ALBA, E., y GONZÁLEZ BOTIJA, F., “A vueltas...”, *op.cit.*, pgs. 551 y 552.

²⁸³ TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986, pg. 150, y MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, *op.cit.*, pg. 26.

procedimiento de selección para el ingreso en los Cuerpos Docentes universitarios (Real Decreto 1888/1984). En el caso citado, el Rector había ordenado a la Comisión Juzgadora que concretara diversos extremos causantes de indefensión, pidiéndose a los evaluadores que concretaran unos criterios objetivos y definidos, porque los aspirantes sólo *a posteriori* pudieron conocer el valor concreto que a cada grupo de méritos había dado el órgano de evaluación.²⁸⁴

Al respecto, entiende MARTÍN MORENO que un sistema como el que fue diseñado en la LORU y en el Real Decreto 1888/1984 es claramente inconstitucional, pues, aún con determinadas limitaciones, resulta que los aspirantes a profesores titulares o catedráticos de Universidad no podían conocer de antemano los méritos objeto de valoración en el procedimiento selectivo. Sólo después de constituida la Comisión de Evaluación (con dos miembros “caseros”) y adoptada la decisión sobre la valoración de los méritos, podían saber los aspirantes (siempre a grandes rasgos y por bloques) los criterios mínimos que se obligaban a respetar los evaluadores. Por tanto, en el momento de fijar los criterios, la Comisión sí sabía quiénes eran los participantes, por lo que quedaba en sus manos destacar uno u otro mérito para favorecer o perjudicar a determinados aspirantes.²⁸⁵

Concluye el citado autor que la opción normativa de la LORU (con total falta de fijación de criterios de calificación y baremación) no era razonable y atentaba contra el derecho fundamental del artículo 23.2 CE. En esta línea, BARNÉS VÁZQUEZ destacó en 1998 la falta de criterios materiales o sustantivos, previamente establecidos, sobre las condiciones de mérito y capacidad en el sistema de selección del profesorado universitario. En definitiva, se viene señalando que se ha producido una tal falta de fijación de reglas, que podría apreciarse una inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador.²⁸⁶

Este problema de falta de predeterminación normativa tampoco parece que se resolviera con el sistema de habilitación nacional establecido por la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), debido a la falta de predeterminación legal tanto respecto de las pruebas de dicha habilitación nacional, como respecto de la segunda fase de cobertura de plazas, que se dejó

²⁸⁴ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 26.

²⁸⁵ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 27 y ss.

El Real Decreto 1888/1984 sólo imponía a la correspondiente Comisión un límite: “al primer ejercicio deberá asignársele, como mínimo, un valor doble y, como máximo, un valor triple que al segundo ejercicio y en aquél se evaluarán como mérito prioritario las actividades de investigación de los candidatos”. Atendiendo a este escueto límite, se pregunta MARTÍN MORENO “¿Cuánto vale un premio nacional de investigación a la mejor tesis doctoral? Todo o nada. (...) ¿Cuánto vale la experiencia docente? ¿Cuánto el expediente académico? ¿Cuánto la licenciatura? ¿Cuánto las publicaciones? ¿Cuánto las investigaciones reconocidas y premiadas? (...) ¿Cuánto valen veinte años de experiencia profesional en igual área de conocimiento? Todo o nada”.

²⁸⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del artículo 23.2 CE”, *RATC*, Vol. IV, 1998, pg. 67 y ss.

en manos de las propias Universidades. Esta falta de predeterminación legal fue destacada por BARNÉS²⁸⁷, quien señala que la organización de la ANECA, así como el establecimiento por ésta de los criterios para determinar la excelencia en cada etapa de la formación del profesorado “constituye un ejemplo paradigmático de falta de sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho”, debido al silencio de la propia LOU, que sólo dedica su artículo 32 a prever la creación de la ANECA, pero que nada dispone sobre su estructura y selección de sus miembros, ni sobre los criterios de evaluación del profesorado. La consecuencia es que “el silencio legislativo (...) ha debido ser colmado por la Administración: todo queda a su libre decisión, sin condiciones, sin pautas o guías por parte del legislador. El resultado es evidente: la Ley no fija cómo han de gestarse los criterios de evaluación, que son entonces elaborados por la propia ANECA a su propia libertad”.

El citado autor destaca otra omisión legislativa que agrava la cuestión, y es que la falta de fijación de criterios legales sobre selección del profesorado no ha sido compensada con previsiones legales sobre el procedimiento: la ley no ha regulado “un procedimiento transparente y participativo, ni fórmulas organizativas que faciliten el consenso y el acuerdo básico de los expertos acerca de cuales habrían de ser los criterios de excelencia de cada disciplina científica”.

Entendemos además que la predeterminación normativa no sólo debe operar sobre los méritos y capacidades objeto de valoración, sino también en el ámbito de las garantías procedimentales y, especialmente en la composición de los órganos de selección. A este respecto, ALEGRE ÁVILA analizó la posible calificación de inconstitucionalidad por omisión, con ocasión de una sentencia de la Corte Constitucional Italiana, entendiendo que la vulneración del artículo 97 de la Constitución italiana se producía porque la normativa analizada no imponía una composición, al menos mayoritaria, por personas dotadas de especialización técnica, haciendo posible que los miembros de tales comisiones fuesen elegidos por razones de afinidad política u otras alejadas del principio de imparcialidad.²⁸⁸

La necesaria predeterminación normativa en el campo de los procesos selectivos, como se ha expuesto, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental del que tratamos, pero además se deriva también del principio de seguridad jurídica reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución. La seguridad jurídica puede definirse como la certeza sobre la normativa aplicable, así como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991).

Por otro lado, la doctrina viene haciendo también referencia a la aplicación del principio de confianza legítima al ámbito de la actividad normativa. Así, tal y

²⁸⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas”, en AA.VV., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2006, pg. 289 y ss.

²⁸⁸ ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección”, *RVAP*, nº. 34, 1992, pg. 17.

como indica MARTÍN MORENO, el legislador no tiene absoluta libertad para alterar caprichosamente el sistema de méritos vigente en cada caso, sino que es necesaria una cierta estabilidad de la normativa reguladora, con base en el principio de confianza legítima.²⁸⁹ Este principio tiene reflejo positivo en la Ley 30/1992 en virtud de la modificación operada por la Ley 4/1999, y, según el citado autor, “debe traducirse en una pauta obligada de conducta, tanto para quienes tienen la responsabilidad de concretar desde el punto de vista sustantivo y adjetivo las normas que regulan la selección y la provisión de puestos de trabajo, como para los operadores jurídicos que las aplican, comenzando por los de la propia Administración”.

Se trata de dar protección “a quienes legítimamente han podido confiar en la estabilidad de ciertas situaciones jurídicas regularmente constituidas en base a las cuales pueden haberse adoptado decisiones que afectan no sólo al presente, sino también al futuro (...). Lo que no puede aceptarse es que una norma reglamentaria ni legal, produzca una brusca alteración en una situación regularmente constituida al amparo de la legislación anterior, desarticulando por sorpresa una situación en cuya perdurabilidad podía legítimamente confiarse. Y por ello dichos cambios sólo pueden admitirse cuando así lo imponga el interés público y, en todo caso, ofreciendo medios y el tiempo razonable para replantear las situaciones individuales afectadas”.²⁹⁰

El principio de confianza legítima se ha elaborado en relación con la actuación de los órganos administrativos, que dan una apariencia de asumir un determinado criterio y después actúan de forma diferente. Por ello, entiende MARTÍN MORENO²⁹¹ que no es posible una traslación automática de este principio al ámbito de la producción normativa, si bien tiene su incidencia, según la jurisprudencia, que en este ámbito ha reconocido la responsabilidad patrimonial del Estado legislador (SSTS de 13 de febrero, 5 de junio, 24 de mayo, y 31 de mayo de 1997). Además, el citado autor entiende que la incidencia del principio de confianza legítima en el ámbito de la legislación no debe limitarse a estos supuestos de responsabilidad patrimonial, sino que, puesto en relación con los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica²⁹², “debe servir de directriz para la aprobación de los reglamentos”.

²⁸⁹ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 16. Sobre el principio de confianza legítima puede verse GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, y RECUERDA GIRELA, M.A., “La posible aplicación del principio de protección de la confianza legítima en el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria deportiva”, *Derecho Deportivo*, vol. 5, Junta de Andalucía, Sevilla, 2004.

²⁹⁰ STS de 27 de enero de 1990.

²⁹¹ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 35.

²⁹² Esta relación del principio de confianza legítima con los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad se aprecia en diversas sentencias del TC, tales como las SSTC 150/1990 y 182/1997.

El Tribunal Constitucional ha analizado supuestos de cambios normativos que afectaban a situaciones ya generadas (sobre todo en casos de comportamientos de índole económica), en sentencias como las SSTC 197/1992, 205/1992, 173/1996, 73/2000 y 234/2011. Entiende MARTÍN MORENO que esta doctrina resulta aplicable al ámbito de la normativa reguladora del sistema de méritos, de manera que la alteración del mismo “ha de entenderse limitado por exigencias de racionalidad y de la tutela de los intereses públicos en juego”, y “las innovaciones deben acompañarse de suficiente motivación, para no vulnerar el principio de estabilidad y confianza”. Cita el mencionado autor la STSJ de Cantabria de 7 marzo 2003, que exige justificar las causas que motivan el cambio del sistema de provisión cuando las funciones asignadas a los puestos de trabajo no se han modificado, con referencia a la STS de 21 de marzo de 2002.

Como es sabido, uno de los principales problemas de nuestro sistema de acceso al empleo público es la configuración de procedimientos selectivos y baremos de méritos a medida de determinados candidatos, lo cual provoca que, para diferentes convocatorias referidas al mismo Cuerpo funcional o categoría laboral, se utilicen sistemas selectivos y baremos distintos. Pues bien, sin perjuicio de la desviación de poder que ello implica, el principio de confianza legítima se ve perjudicado, en la medida en que, sin una verdadera y justa causa, se altera el sistema en cada convocatoria.

3.2.2.- Derecho de configuración legal

Debido a que el artículo 23.2 CE contiene una remisión a “*los requisitos que señalen las leyes*”, la doctrina concluye que el legislador cuenta con un amplio margen para diseñar el sistema de acceso a los empleos públicos, pues la Constitución no predetermina un modelo concreto de función pública.²⁹³ Eso sí, dicho desarrollo legislativo tendrá el límite del respeto al contenido esencial del derecho del artículo 23.2 CE y a los principios del artículo 103.3. CE.

El propio Tribunal Constitucional sigue esta interpretación, indicando, en la sentencia 75/1985, entre otras, que “una de las características del artículo 23.2 de la Constitución Española es el muy amplio margen para regular el ejercicio del derecho, esto es, para configurar el sistema mediante el que se produce en la práctica el acceso a los cargos y funciones públicas”, lo cual, concretamente en el campo del sistema electoral para cargos representativos, determina, a juicio del Tribunal Constitucional que “no puede afirmarse que del precepto, así considerado, derive exigencia de un determinado sistema electoral”. También la STC 67/1989 señala que el artículo 23.2 CE, al remitirse a los requisitos que señalen las leyes,

²⁹³ PUERTA SEGUIDO, F., *El régimen jurídico de la función pública europea. Especial referencia a los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas europeas*, European Public Law Center, Distribution Bruylant, 2001, pg.187.

concede al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles han de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración.

Ahora bien, existen unos límites para el legislador, derivados de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como indica la STC 37/2004, que señala que la Constitución ha establecido unos límites positivos y negativos a dicho amplio margen del legislador para configurar las pruebas selectivas: así, “en positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad”, y, “desde una perspectiva negativa, se proscribe que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas se haga en términos concretos e individualizados, que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas” Como indica PUERTA SEGUIDO²⁹⁴, los principios de mérito y capacidad son parámetro de la constitucionalidad de las normas reguladoras de los procesos selectivos, prohibiendo al legislador establecer diferencias que carezcan de una fundamentación objetiva y razonable, no relacionada con el mérito y la capacidad.

3.2.3.- Respeto al principio de igualdad al regular los requisitos en el acceso a los empleos públicos

El Tribunal Constitucional ha señalado en las sentencias 50/1986, 73/1998, 353/1993, 30/2008 y 87/2008, entre otras, que el artículo 23.2 CE “no confiere derecho sustantivo alguno a la ocupación de cargos ni a desempeñar funciones determinadas, sino que garantiza a los ciudadanos una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas”, y esto implica lo siguiente:

1.- La interdicción del establecimiento de requisitos que tengan carácter discriminatorio para acceder a las funciones y cargos públicos (SSTC 193/1987, 47/1990, 48/1998, 30/2008 y 353/1993).²⁹⁵ Como ejemplos de requisitos discriminatorios impuestos para el acceso a la Función Pública, podemos hacer referencia a la fijación de un límite de edad para el acceso, o la exigencia de una determinada titulación, o del conocimiento de un idioma autóctono, o la exigencia de residencia en la Administración convocante y figurar inscrito en el paro.²⁹⁶ En el

²⁹⁴ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 86.

²⁹⁵ En cuanto a un análisis detallado de las incidencias del principio de igualdad en los requisitos de acceso a la función pública, me remito al amplio estudio realizado por LINS DE LESSA CARVALHO en el capítulo 3 de su obra *Acceso igualitario a la función pública. Consideraciones sobre el Modelo Español de Selección de los Funcionarios*, Juruá, Lisboa, 2011.

²⁹⁶ Este ejemplo figura en el Informe anual de 2007 del Diputado del Común de Canarias, (Boletín Oficial del Parlamento de Canarias de 21 de mayo de 2008, pg. 73).

presente trabajo no es posible realizar un análisis exhaustivo de estas cuestiones, si bien se hará a continuación una breve referencia.

En cuanto a la fijación de un límite de edad para el acceso, la STC 75/1983 señaló que “la edad dentro de los límites que la Ley establece para el acceso y la permanencia en la Función Pública es una de las circunstancias comprendidas en los artículos 14 y 23.2 desde la perspectiva excluyente de tratos discriminatorios”, concluyendo que “sería legítima una decisión legislativa que, atendiendo a la edad y a las características del puesto de que se trate, fije, objetivamente, límites de edad que suponga, para los que la hayan rebasado, la imposibilidad de acceder a estos puestos”.

Respecto a la exigencia de una determinada titulación, la STC 42/1981 indicó que la exigencia de una cualificación técnica para desempeñar una función no es contraria al principio de igualdad, siempre que sea adecuada a la naturaleza propia de las tareas a realizar y se establezca con carácter general, esto es, en referencia directa a la posesión de determinados conocimientos o determinada titulación acreditativa de éstos, pero no al procedimiento seguido para adquirirlos o al Centro en donde fueron adquiridos, pues cualquiera de estas fórmulas sí implica ya una diferencia no justificada y, en consecuencia, una violación del principio de igualdad.²⁹⁷

En cuanto a la exigencia del conocimiento de un idioma autóctono, la STC 76/1983 indicó que puede considerarse como un mérito, pero no como un requisito condicionante para el acceso al cargo público. Por su parte, la STC 46/1991 admitió la exigencia establecida en la ley de Función Pública de Cataluña de que en el proceso de selección se acredite el conocimiento de la lengua catalana, y las SSTC de 19 de febrero de 1996 y 20 de marzo de 1998 admitieron que, para concretas plazas, se establezca una prueba de conocimiento del idioma autóctono, con base en que es preciso disponer en la Administración Pública de personas que conozcan la lengua cooficial de esa Administración. En éstas y también en la STC de 9 de octubre de 2000, el Tribunal Constitucional ha señalado que resulta discriminatorio exigir el conocimiento de la lengua cooficial para proveer puestos de trabajo que no están directamente vinculados a la utilización de dicha lengua

²⁹⁷ Se trataba de analizar la constitucionalidad de la ley de 22 de abril de 1981, de Bibliotecas, del Parlamento de Cataluña, que establecía que “el personal técnico bibliotecario deberá contar con la formación y la titulación de la Escola de Bibliologia de Barcelona, o las que pueda determinar el Govern de la Generalitat, siempre que sean de rango equivalente”.

Puede citarse también la SAN de 24 de septiembre de 2002, que aprecia infracción del artículo 23.2 CE por las bases de una convocatoria de acceso a la Subescala de Secretaria-Intervención que exigían haber superado los tres primeros cursos de la Licenciatura de Derecho, Ciencias Políticas y Sociología o Económicas y Empresariales, lo cual había dado lugar a la exclusión de un opositor que tenía la diplomatura en Gestión y Administración Pública.

por los administrados.²⁹⁸ Respecto al sexo como condicionante del acceso a cargos o funciones públicas, debe citarse la STC 216/1991, que admitió el acceso de la mujer a las Fuerzas Armadas, con las matizaciones funcionales que fueran necesarias.

2.- El principio de igualdad conlleva también el derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, lo cual implica la prohibición de la integración automática de determinados grupos en la Función Pública (STC 302/1993), así como, salvo excepciones, de las pruebas restringidas (SSTC 27/1991, 151/1992, 4/1993, 60/1994, 16/1998 y 30/2008). Las pruebas restringidas son objeto de análisis en el apartado 8 del Capítulo 3 de esta tesis doctoral, pero sí puede adelantarse que en diversas sentencias (entre otras, las SSTC 12/1999 y 16/1998), el Tribunal Constitucional ha señalado que las pruebas de carácter restringido son “un procedimiento proscrito por el artículo 23.2 C.E., si bien no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley (...) pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración”.

Ahora bien, como más adelante indicamos, el Tribunal Constitucional ha sido demasiado generoso en el entendimiento de cuándo se daban esas circunstancias excepcionales que facultaban la tramitación de procesos restringidos, y la doctrina ha criticado el hecho de que, aún habiendo transcurrido decenas de años desde el nacimiento de las Administraciones autonómicas, continúan creándose bolsas de empleo temporal que siguen dando lugar a interminables procesos de consolidación de empleo temporal que carecen ya del mencionado requisito de excepcionalidad.

Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 61.1 que “*los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto*”. Así pues, el citado cuerpo legal elimina la posibilidad de tramitar procesos restringidos de acceso al empleo público, sin perjuicio de las excepciones consistentes en medidas de discriminación positiva y en la promoción interna.

Por otro lado, la libre concurrencia de los procesos selectivos ha de ser material: en ocasiones, las bases reguladoras del proceso selectivo establecen formalmente la apertura del proceso, pero establecen un baremo de méritos que de manera indefectible determina que determinados colectivos favorecidos van a

²⁹⁸ Sobre la exigencia de lenguas cooficiales, no procede realizar aquí un estudio exhaustivo, sino remitirnos a la doctrina. Entre otros, ver RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El marco constitucional del acceso...”, op.cit., pg. 260 y ss.

ser los que superarán el proceso selectivo. Se trata de los procedimientos restringidos en sentido amplio, en los que se da la apertura formal, pero no material.

Para asegurar la apertura material de los procesos selectivos, y tras largos años de doctrina constitucional al respecto, el Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 61.3 que *“los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”*. La inclusión de esta cláusula en una norma con rango de ley, y con carácter de legislación básica, constituye un adelanto, pero, como se indica en el apartado 8 del Capítulo 3 de esta tesis, es insuficiente para evitar que, a través del diseño de baremaciones desequilibradas, se vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cuanto se refiere a las leyes autonómicas, algunas se han pronunciado sobre la cuestión del reconocimiento de los servicios prestados, estableciendo que los mismos no atribuyen derecho preferente para el acceso a la condición de personal funcionario ni para la adquisición de la condición de personal laboral fijo, aunque sí podrán computarse en fase de concurso.²⁹⁹ (Y sin perjuicio de las

²⁹⁹ Así, la Ley 4/1993, de 10 de marzo, de la Función Pública de Cantabria, establece que *“el desempeño de un puesto de trabajo como interino no constituirá mérito para el acceso a la condición de funcionario de carrera o personal laboral fijo, salvo las excepciones previstas en la presente Ley”*, y añade que *“la prestación de servicios en régimen de contratación laboral no supondrá mérito para el acceso a la condición de funcionario ni para la adquisición del carácter de personal laboral fijo, cuando los servicios prestados lo fueran con carácter no permanente”*.

El artículo 15 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, establece que *“en ningún caso la prestación de servicios en calidad de personal interino se considerará mérito especial para el acceso a la condición de funcionario o para la promoción interna”*. El Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, establece en su artículo 126 que *“la prestación de servicios en régimen interino y la contratación laboral temporal no pueden constituir derecho preferente para el acceso a la condición de funcionario o de personal laboral con carácter indefinido, respectivamente. No obstante, el tiempo de servicios prestados, la experiencia y la formación pueden ser valorados en fase de concurso, siempre que sean adecuados a las funciones de los Cuerpos, las Escalas o las categorías laborales a que correspondan las plazas convocadas”*.

También el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la función pública de Galicia, establece en su artículo 11 que *“ni la prestación de servicios en régimen interino ni la contratación de personal temporal constituirán mérito preferente para el acceso a la condición de personal funcionario o de personal laboral fijo, respectivamente. No obstante, el tiempo de servicios prestados podrá ser computado en los supuestos de concurso oposición y siempre que los servicios correspondan a las plazas convocadas”*.

El Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, establece en su artículo 8 que *“la prestación de servicios como personal interino o laboral temporal no podrá constituir mérito preferente para el acceso a la condición de funcionario o de personal laboral permanente,*

normas sobre consolidación de empleo temporal que suelen contener en sus Disposiciones Adicionales o Transitorias, que suelen constituir una quiebra de lo expuesto).

Además, el propio EBEP contiene dos importantes excepciones a la libre concurrencia, en la Disposición Transitoria Segunda (sobre personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario) y en la Disposición Transitoria Cuarta (sobre consolidación de empleo temporal), que son objeto de estudio en los apartados 8 y 9 del Capítulo 3 de esta tesis doctoral, si bien puede adelantarse aquí que estas Disposiciones no respetan los citados principios de igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, la doctrina ha señalado que “llama la atención que entre los principios rectores no aparezca el de libre concurrencia, que ha sido relegado a una característica de los procesos selectivos (artículo 61.1 EBEP)”.³⁰⁰

3.- El principio de igualdad conlleva también el establecimiento, en los procesos selectivos, de los requisitos “en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas”. (SSTC 67/1989, 42/1981, 50/1986, 148/1986, 18/1987 y 27/1991) Ello significa dar relevancia constitucional a un criterio que había venido siendo exigido por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa, desde la muy conocida sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1971, que aplicó la teoría de la desviación del poder a un concurso establecido con el “preconcebido propósito” de nombrar a determinada persona. Por tanto, no es constitucionalmente aceptable que “se produzcan acepciones o pretericiones *ad personam* en el acceso a las funciones públicas” (STC 148/1986).

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado algunos casos de procedimientos diseñados *ad personam*, pudiendo citarse la sentencia 281/1993, en la que analizó las bases de la convocatoria para la provisión de siete plazas de Administrativos de la plantilla de personal laboral de un Ayuntamiento, por concurso de mérito, en las que, de los 41 puntos totales del baremo, 20 puntos estaban atribuidos al mérito consistente en haber desempeñado con carácter accidental o temporal, en el Ayuntamiento convocante, la categoría objeto de la

aunque sí podrá computarse como mérito el tiempo de servicios prestados en los casos de concurso-oposición o concurso”.

Y la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, establece en su artículo 19 que “*la prestación de servicio en régimen de relación no permanente no puede suponer derecho preferente para el acceso a la condición de personal funcionario ni para la adquisición de la condición de personal laboral fijo. No obstante, el tiempo de servicios prestados pueden computarse en fase de concurso, siempre y cuando los servicios sean adecuados a las plazas que se convoquen*”.

³⁰⁰ LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir., DEL REY GUANTER, S., y Coord., FÉREZ FERNÁNDEZ, M., La Ley, Madrid, 2008, pg. 677.

convocatoria. Por tanto, un 48'78% de la baremación estaba reservado a los empleados temporales del propio Ayuntamiento.³⁰¹

El Tribunal Constitucional concluye que “la relevancia conferida a un mérito sólo alegable por determinados candidatos situaba a éstos en una posición de privilegio frente a los restantes concursantes, predeterminando en su favor la resolución del concurso convocado”. E indica que, en principio, la atribución de una relevancia determinante a un sólo mérito no tiene por qué contrariar el principio de igualdad, pero en este caso, el mérito favorecido no evidenciaba una cualidad objetiva de los aspirantes relevante para las tareas propias de la plaza convocada. Así, el Ayuntamiento convocante pretendía primar, exclusivamente, a quienes venían ocupando interinamente las plazas ofertadas. En definitiva, las bases de esta convocatoria contenían una referencia individualizada y concreta en favor de determinados concursantes, lo cual vulneraba el artículo 23.2 CE.

Por su parte, la STC 60/1994 analizó una convocatoria para ingreso en un puesto de Letrado asesor de una Comunidad Autónoma, en la que se exigía haber prestado servicios por un mínimo de dos años en asesoramiento y defensa en juicio de las Administraciones Central o Autonómica. Por tanto, la falta de esa experiencia mínima era causa de exclusión. En este caso, parece subyacer en la sentencia la idea de que la convocatoria se hizo como “un traje a medida” de determinadas personas a las que se quiso favorecer, pues indica que “hay que añadir que, en las anteriores convocatorias a la plaza de Letrado asesor, no se había establecido este requisito complementario, así como tampoco en la convocatoria inmediatamente posterior a la examinada (...), en la que se cambia de criterio y se elimina toda referencia al citado requisito, lo que constituye un indicio de que las reglas señaladas en la Orden impugnada para el acceso a la Función Pública se establecieron en aquella ocasión mediante términos que no eran generales y abstractos, sino atendiendo a determinadas referencias singulares que favorecieron a personas concretas sin una fundamentación objetiva y suficiente”. Por ello, concluye la sentencia que “la convocatoria supuso un beneficio para un grupo de personas (contratados o interinos en la Administración Autonómica o Central) respecto de otros sujetos, que no reunían tal condición, y a los que se impidió *a limine* demostrar su mérito y capacidad para acceder a la Función Pública, por razones no suficientemente justificadas que suponen una diferencia de trato irracional y arbitraria entre los opositores o concursantes”.

Sin embargo, el concepto de procedimiento diseñado “*ad personam*” ha sido referido por el Tribunal Constitucional solamente a aquellos casos en que se favorece a personas concretas, pero no a aquellos en que se favorece a colectivos (como los interinos). Se trata de los procesos selectivos que no tienen carácter restringido o cerrado, porque formalmente están abiertos a la participación de la

³⁰¹ Esta sentencia concluye que “con semejante criterio evaluador se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso a favor de determinadas personas y en detrimento - constitucionalmente inaceptable - de aquéllas que, contando con la misma experiencia, la han adquirido en otros Ayuntamientos”.

ciudadanía, pero que incorporan una valoración desproporcionada de los servicios previos, lo cual determina la imposibilidad material de obtener plaza para quienes no han sido personal temporal de la Administración convocante. En estos casos, el Tribunal Constitucional viene señalando que “todo mérito crea la posibilidad de que se conozca a priori el conjunto de quienes lo ostentan (un riesgo que es mayor cuando se trata de este mérito concreto), pero ello no autoriza a pensar que la toma en consideración de ese mérito se haya hecho para favorecer a personas concretas. Ello sólo sucederá si el mérito en cuestión no tiene una fundamentación objetiva, lo que no es aquí el caso. (...). La valoración de los méritos de los funcionarios en situación precaria, exigida por la Ley de la Función Pública de Extremadura, no constituye una referencia individualizada, singular específica y concreta”. (STC 185/1994). Así, el Tribunal Constitucional viene considerando que sólo son procesos selectivos *ad personam* aquellos diseñados, “con el preconcebido propósito de nombrar a determinada persona” (STS 7-10-1991, a su vez citada por la STC 67/1989), pero en el sentido de personas concretas, no colectivos concretos.

Sin embargo, si la valoración de algún mérito (como los servicios prestados) es desproporcionada, sí existe una referencia *ad personam*, puesto que el único sentido atribuible a esta desproporción es favorecer a determinadas personas. Y es irrelevante si se favorece a una o a doscientas personas, pues, en todo caso, hay una desigualdad en atención a una determinada condición (ser interino, por ejemplo). Otra cosa es que, además, exista designación *ad personam* cuando la toma en consideración del mérito no tiene fundamentación objetiva, como sería el caso de convocatorias en las que se exija un determinado master en detrimento de otros que atribuyen la misma cualificación, o se exijan títulos que no tienen relación con los puestos a desempeñar, pero que los tiene uno de los candidatos.³⁰²

Por otro lado, debe hacerse una breve referencia a la normativa sobre igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, que ha llevado al establecimiento de reservas en las Ofertas de empleo público a favor de este colectivo, así como a reglas particulares sobre los procesos selectivos. Así, la Disposición Adicional Decimonovena de la Ley 30/1984, en la redacción dada por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre el Empleo Público de Discapacitados, estableció una reserva del 5% de las plazas contenidas en la Oferta de empleo público, a favor de personas con minusvalía con un grado de incapacidad igual o superior al 33%. Ello con el objetivo de que el colectivo de minusválidos alcance el 2% de los efectivos totales de la Administración estatal, objetivo que, como indica MARTÍN MORENO³⁰³, está en relación con la Directiva europea 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Por su parte, el

³⁰² Ver el Capítulo 2 de esta tesis doctoral.

³⁰³ MARTÍN MORENO, J.L., *El derecho fundamental...*, op.cit., pg. 40.

artículo 59 EBEP establece ha elevado la reserva al 7 %, añadiendo que “cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad”. Estas previsiones constituyen un claro ejemplo de discriminación positiva, constitucionalmente exigida en el artículo 9.2 CE.

3.2.4.- Conexión entre los principios de igualdad, mérito y capacidad

El principio de igualdad en el acceso al empleo público implica que los únicos criterios para la selección de empleados públicos son el mérito y la capacidad.³⁰⁴ La única excepción son los empleos de naturaleza eventual, previstos en el artículo 12 EBEP, que, precisamente por ello, tienen carácter excepcional, según se expone en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral.

El sistema de selección basado en el mérito y la capacidad está presente en los orígenes mismos de la cultura occidental³⁰⁵, abriéndose camino con anterioridad al propio movimiento constitucionalista.³⁰⁶ Pero es en los sistemas de Función Pública del Siglo XIX, cuando el empleado público deja de ser servidor personal de la Corona para convertirse en un funcionario del Estado, como Ente impersonal regido por el Derecho.³⁰⁷ Además, quedan suprimidos los privilegios estamentales y se proclama el principio de igualdad ante la ley, que permite a cualquier ciudadano, sin distinción de origen, acceder a los cargos públicos, porque el único criterio de selección válido es el mérito y la capacidad.³⁰⁸

Un ejemplo muy representativo del significado y evolución del principio de mérito en el acceso al empleo público es la historia de la Función Pública en Gran Bretaña. Como expone SÁNCHEZ MORÓN³⁰⁹, en el Siglo XIX la Administración británica estaba dirigida por una aristocracia en decadencia y nutrida por el

³⁰⁴ Ver FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., Jornadas sobre la selección de personal en las Administraciones Públicas (Vitoria-Gasteiz, 1996), IVAP, Oñati, 1997, pg. 57, y MORELL OCAÑA, L., “Dirección...”, op.cit., pg. 29.

³⁰⁵ NÚÑEZ ROLDÁN, F., “El príncipe y la igualdad”, artículo de opinión publicado en el periódico Granada Hoy, de 7 de agosto de 2005.

³⁰⁶ MORELL OCAÑA, L.: “La formación de la estructura funcional española bajo el sistema de mérito”, en AA.VV., *La Justicia Administrativa, libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003, pg. 668 y ss.

³⁰⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 26.

³⁰⁸ Como indica GARCÍA CÍVICO, “la igualdad es consustancial a la democracia, pero si hay una desigualdad que la democracia legítima es la desigualdad conforme al mérito”. (GARCÍA CÍVICO, J., *La tensión entre mérito e igualdad: El mérito como factor de exclusión*, Tesis doctoral, 2007, pg. 69).

³⁰⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 26.

sistema de *patronage*. Es en el Informe Northcote-Trevelyan, donde se concluye que dicho sistema de *patronage* debe ser sustituido por el sistema de mérito, recomendándose la realización de pruebas libres, las cuales efectivamente se empezaron a realizar en 1860.

Otro ejemplo sobre la evolución del principio de mérito y capacidad es el caso norteamericano, que partía del sistema de empleo, más similar a una empresa privada, pues la mentalidad norteamericana no asume la idea de los empleos públicos vitalicios. Pues bien, sobre la base de la temporalidad en los cargos públicos, el sistema norteamericano decimonónico era un *spoils system* (sistema de botín), en el que los cargos públicos eran “un botín del partido vencedor de las elecciones, a repartir entre sus afines”.³¹⁰ Sin embargo, este sistema no proporcionó personal con la cualificación y eficacia necesaria, por lo que acabó introduciéndose posteriormente, a través de la *Pendleton Act* de 1883, un sistema de méritos, basado, al igual que el sistema británico, en la celebración de pruebas selectivas competitivas y en la creación de una *Civil Service Commission* independiente.

La evolución desde el *spoils system* hacia el sistema de mérito es expuesta por MORELL OCAÑA³¹¹, que concluye que inicialmente es el poder ejecutivo el que designa a los empleados públicos, lo cual provoca que, caído un Gobierno, sean cesados los empleados públicos para ser sustituidos por los beneficiados del favor y la confianza del nuevo Gobierno. Esto, en palabras del citado autor, supone un “puro favor político, constituyendo la burocracia la estela clientelar de la clase política”. El *spoils system* ha sido muy criticado por la corrupción a que daba lugar.³¹² Es por ello que el principio de mérito y capacidad se postula como una

³¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 32. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER define al sistema de botín como aquél que consiste en “el libre nombramiento y libre cese del funcionariado cuando se produce alternancia política”. (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, Navarra, 2000, pg. 30).

³¹¹ MORELL OCAÑA, L., “La formación de la estructura funcional española bajo el sistema de mérito”, en *La Justicia Administrativa, libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003. Ver también NIETO GARCÍA, A., *Estudios históricos de Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986, pg. 302 y ss.

³¹² A estas cuestiones ya se refería en el año 1962 el Profesor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER en “¿Funcionarios públicos por gracia del partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos”, *RAP*, nº. 39, donde se analizan las reflexiones formuladas por el Profesor ESCHENBURG.

La doctrina se ha referido a la inamovilidad o permanencia como nota característica del personal funcionario, considerándola como esencial para salvaguardar los intereses generales, la eficacia y el sometimiento de la Administración Pública al Derecho. Puede verse, en detalle, MOREY JUAN, A., *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, INAP, Madrid, 2004, Capítulo 3, pg. 45 y ss.

reacción frente a los excesos de los partidos políticos a través del sistema de botín.³¹³

En cuanto se refiere a la Administración Pública española, durante el Siglo XIX³¹⁴ predominó el “sistema del botín” o *spoil system*, pues existían las cesantías, de manera que el poder político en cada momento nombraba y cesaba a los funcionarios.³¹⁵ Las propias normas jurídicas aludían directamente a esta lacra. Así, el Real Decreto de 13 de julio de 1.866, indicaba que “es indudable que la obstinada morosidad en dictar una medida de tan vital interés para el orden y concierto de nuestra Administración, se debe al sistema observado por los partidos dominantes de fortalecer sus huestes con el cebo de los destinos públicos”. Y es que la existencia de una Administración Pública profesionalizada con un servicio civil de carrera, y con sistemas de control internos y externos desarrollados, constituye una de las barreras más importantes contra la corrupción.³¹⁶

Dentro de la lucha por la eliminación de este sistema, destaca la Ley de Bases de 22 de julio de 1918, también denominada Estatuto de Maura³¹⁷, que generalizó la fórmula de las oposiciones como mecanismo de acceso a la Función Pública y se propuso terminar con las cesantías mediante la garantía de la inamovilidad. Así, una de las características más importantes de dicho Estatuto es haber institucionalizado el sistema de oposiciones como forma de ingreso en la función pública.³¹⁸ Aunque el problema era que se dejaba a cada Ministerio el control y desarrollo de las pruebas, por lo que éstas eran excesivamente heterogéneas y departamentalizadas. Además, la aplicación práctica que tuvo este Estatuto es un buen ejemplo de lo lejos que quedan las previsiones legales de la realidad. Este Estatuto preveía también que se superara un curso de estudios

³¹³ PUERTA SEGUIDO, F. (*La consolidación...*, op.cit., pg. 89), PRATS y CATALÁ, J. (“Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”, *DA*, nº. 241-242, 1995, pg. 30), CUESTA GIMENO, L. (“El mérito y la capacidad como determinantes del acceso a la función pública y la carrera administrativa”, en *El funcionario municipal*, nº. 393-394, pg. 258), PÉREZ LUQUE, A. (*La selección...*, op.cit., pg. 82), y MORELL OCAÑA, L. (*El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, 1994, pg. 160).

³¹⁴ Ya con anterioridad regía un modelo patrimonialista, en el que el rey absoluto tenía el poder de elegir libremente a los empleados públicos. Así, los oficios públicos se enajenaban por compra y venta, se arrendaban por el propio Estado, y finalmente se transmitían por herencia. (Ver BARRACHINA, J.E., *La función pública y su ordenamiento*. Parte Especial II, Vol. I., Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1991).

³¹⁵ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., *Empleo y prestación...*, op.cit., pg. 33.

³¹⁶ VILLORRIA MENDIETA, M., *La corrupción política*, Síntesis, Madrid, 2006, pg. 290, y *El servicio civil de carrera en Latinoamérica: diagnóstico, causas y propuestas*, INAP, Madrid, 2007, pg. 78, y MALEM SEÑA, J., *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002, pg. 74.

³¹⁷ También puede hacerse una referencia especial al Estatuto de O'Donnell, que reconoció por primera vez la inamovilidad de los funcionarios públicos (aunque con límites).

³¹⁸ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 171.

práctico, debiendo los Ministerios ponerse de acuerdo en la organización de estos cursos, ocurriendo que los Ministerios no los organizaron.

En cuanto a la situación resultante de la guerra civil, la doctrina ha señalado que los empleos públicos se consideraron un botín de los vencedores y se repartieron a través de procesos de selección aparentes, los denominados exámenes patrióticos,³¹⁹ así como se relativizó el régimen de oposiciones mediante la práctica de la recomendación.³²⁰ Por su parte, la ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 estableció las oposiciones como sistema general, acompañada de un curso selectivo y un período de prácticas, aunque las medidas innovadoras tuvieron importantes límites. Así, unificó los Cuerpos Generales de la Administración del Estado, pero mantuvo la existencia de numerosos Cuerpos de funcionarios, lo cual dio lugar al cantonalismo de la Administración, con la consiguiente endogamia en cada uno de ellos, variando los sistemas de reclutamiento en los distintos Ministerios.³²¹

Además, esta ley también estableció la posibilidad de acudir al concurso o al concurso-oposición, que fueron el sistema preferentemente aplicado en los Cuerpos sanitarios, docentes, ingenieros, y de formación jurídica.³²² A esto hay que sumar el aumento de la masa de laborales e interinos, en muchos casos contratados sin verdadera aplicación de los principios de mérito y capacidad³²³ y que se eternizaron en sus puestos, dando lugar finalmente a la realización de pruebas restringidas de consolidación “descafeinadas” que tampoco respondían a dichos principios de mérito y capacidad. Además, la propia ley reservó importantes cupos de plazas para su provisión en turno restringido, lo cual sirvió para “facilitar la funcionarización de determinados colectivos que estaban vinculados a la Administración mediante relaciones de naturaleza no estatutaria y de duración temporal”.³²⁴

Así las cosas, se aprobó la Constitución Española, que sí supuso la constitucionalización del sistema de mérito y capacidad, quedando jurídicamente proscrito el sistema de botín, y asegurándose la profesionalización de los servidores públicos.³²⁵ Ahora bien, la vigencia de los principios de mérito y capacidad depende de la legislación que se dicte al respecto, pudiendo indicarse que la posterior Ley 30/1984 refunde un gran número de Cuerpos funcionariales y

³¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 26.

³²⁰ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)*, Comares, Granada, 1993, pg. 39.

³²¹ Al respecto, puede verse GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de selección de funcionarios públicos”, *DA*, nº. 103.

³²² PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 37.

³²³ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., *Empleo y prestación...*, op.cit., pg. 56.

³²⁴ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 38.

³²⁵ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios públicos”, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 185.

combate la endogamia prohibiendo que los órganos de selección estén formados mayoritariamente por funcionarios del cuerpo que se ha de seleccionar (salvo las peculiaridades del personal docente e investigador), así como reconoce expresamente la vigencia de los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral.

Sin embargo, respecto de los primeros años de la democracia, señala EMBID IRUJO que “la reciente historia del derecho español de funcionarios en torno a esta cuestión es todo menos ejemplar. (...) La razón no es otra que la escasa seriedad que ha tenido el funcionamiento práctico, y hasta la construcción jurídica, del derecho de acceso”. Alude a las Disposiciones Transitorias de las Leyes 30/1984 y 7/1985, sobre consolidación como funcionario del personal contratado en régimen administrativo. También cita la fórmula “mochila” que fue declarada inconstitucional por la STC 67/1989, y señala que “son muchos miles de personas quienes (...) se incorporaron a la función pública con este procedimiento y durante los años 1985-1989”.³²⁶

Como indica SÁNCHEZ MORÓN³²⁷, el favoritismo en el acceso a la función pública ha seguido constituyendo una auténtica lacra en España, siendo un problema de raíces profundas, vinculado al clientelismo político, a amiguismos, nepotismos y patronazgos de vario tipo. En particular, destacan los procesos de consolidación del empleo temporal que lesionan los principios de mérito y capacidad, o el abuso en la utilización de contratos administrativos de servicios y del personal eventual.

Lo cierto es que ya en los debates constitucionales el Sr. Fraga había señalado que el mérito y capacidad eran ideas indiscutibles que deberían estar escritas con letras de oro en todas las partes que regulan la vida social.³²⁸ En este sentido, deben destacarse dos ideas:

a) La referencia constitucional a los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas es una consecuencia lógica del principio de igualdad ante la ley, según el cual no pueden realizarse discriminaciones injustificadas. Y el único criterio no discriminatorio es el de mérito y capacidad.³²⁹

b) La referencia a los principios de igualdad, mérito y capacidad también responde a la finalidad de salvaguardar la imparcialidad de los empleados públicos, la cual se ve minada si éstos acceden mediante nepotismo familiar o

³²⁶ EMBID IRUJO, A., “Trece proposiciones...”, op.cit., pg. 28 y ss.

³²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 26.

³²⁸ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 51.

³²⁹ Ya el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de octubre de 1965 señaló que “la discrecionalidad selectiva... no puede conducir a la arbitrariedad, pues cuando en la apreciación de los méritos... no se procede según una razonable y objetiva ponderación de los mismos, se incurría en una evidente transgresión del ordenamiento jurídico, pues en el actuar administrativo no se habría tenido presente el interés público o el bien del servicio, sino otros móviles distintos...”.

político.³³⁰ Por tanto, la selección mediante el mérito y la capacidad tiende a garantizar también la efectiva neutralidad política de la Administración Pública al servicio de los intereses generales.

Sin embargo, los principios de mérito y capacidad no aparecen expresamente reconocidos en el artículo 23.2 CE, sino en el 103.3 CE, que no está ubicado en la Sección de los derechos fundamentales y libertades públicas. De hecho, la referencia a estos principios fue objeto de debate en el proceso de elaboración de la Constitución. El Anteproyecto de la Constitución no hacía referencia a dichos principios en su artículo 23.2³³¹, y CARRO MARTÍNEZ formuló una enmienda proponiendo la siguiente redacción: *“Asimismo tienen derecho a igualdad de oportunidades para acceder a las funciones y cargos públicos”*.

La Ponencia Constitucional (teniendo en cuenta esta enmienda) formuló el siguiente texto, incluyendo referencia expresa a los citados principios: *“Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, según su mérito y capacidad, con los requisitos que señalen las leyes”*. Este nuevo texto dio lugar a un debate en el seno de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, que acabó con la supresión, en el artículo 23.2, de la referencia a tales principios, que fueron trasladados al artículo 103.3, específicamente dedicado a la función pública.

Dado que la mención al mérito y capacidad en el acceso a la función pública había sido exigencia expresa en las Constituciones hasta la de 1837, se ha destacado la sorpresa que causa su supresión en el actual artículo 23.2 CE.³³² Por su parte, PULIDO QUECEDO concluye que la supresión se debió fundamentalmente a la voluntad del legislador constituyente de no mezclar las dos cuestiones del acceso a los cargos públicos representativos y no representativos.³³³

En definitiva, desde la perspectiva de la técnica legislativa, el artículo 23.2 CE debió haber distinguido por una parte los cargos públicos representativos, y, por otra parte, los cargos públicos no representativos, indicando, respecto de estos últimos, la referencia expresa a los principios de mérito y capacidad, porque

³³⁰ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 17.

³³¹ Que disponía que *“asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes”*. (BO de las Cortes de 5 de enero de 1978).

³³² GARRIDO FALLA, F., “Artículo 23.2”, en *Comentarios...*, op.cit., pg. 106.

³³³ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 52. En particular, el Sr. FAJARDO ESPÍNOLA fundamentó la supresión de la referencia al mérito y capacidad en el artículo 23.2 en que el mismo no se refería exclusivamente a la “función pública en sentido profesional, en sentido de servidores públicos”. (D.S.C., 22 de mayo de 1978). También el Sr. PÉREZ LLORCA RODRIGO aceptó la supresión, proponiendo su inclusión en sede de acceso a la función pública.

forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas no representativos.³³⁴

En todo caso, el Tribunal Constitucional viene reiterando³³⁵ que el sistema de acceso al empleo público debe basarse en los principios de mérito y capacidad, sobre la base de una conexión entre el principio de igualdad del artículo 23.2 CE y los de mérito y capacidad del artículo 103 CE. Así, ya la STC 50/1986 afirmó que “aunque esta exigencia figura en el artículo 103.3 y no en el 23.2 de la Constitución, la necesaria relación recíproca entre ambos preceptos que una interpretación sistemática no puede desconocer, autoriza a concluir que, además de la definición genérica de los requisitos o condiciones necesarios para aspirar a los distintos cargos y funciones públicas, el artículo 23.2 de la Constitución impone la obligación de no exigir para el acceso a la Función Pública requisito o condición alguna que no sea referible a los indicados conceptos de mérito y capacidad”. En los mismos términos se pronuncia la STC 37/2004.

En cuanto a la definición de los criterios de mérito y capacidad, la doctrina viene destacando que son conceptos jurídicos indeterminados, cuya interpretación se dificulta por el hecho de que la legislación vigente no ofrece explícitamente dicha definición.³³⁶ Incluso algún autor pone en duda que se trate de dos conceptos distintos entre sí.³³⁷ Con base en alguna resolución judicial (STS de 3 de noviembre de 1986), DE LESSA CARVALHO concluye que el mérito alude al examen de la vida profesional del candidato, analizando su formación y experiencia profesional, que serían sus méritos, mientras que la capacidad se relaciona más bien con la idoneidad para desempeñar el puesto de trabajo de que se trate, consistiría en el “análisis del rendimiento de los aspirantes en determinadas pruebas realizadas por el propio procedimiento selectivo”.

3.2.5.- Implicaciones de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la regulación del proceso selectivo

Como indican las SSTC 73/1998 y 30/2008, la igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo³³⁸, que afectan al sistema de selección, al órgano de selección (que ha de componerse de

³³⁴ En esta línea, puede citarse a PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, Madrid, pg. 110.

³³⁵ Ver, entre otras muchas, las SSTC 75/1983, 193/1987, 67/1989, 27/1991, 215/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994, 93/1995 y 73/1998 y 107/2003.

³³⁶ Entre otros, ver LINS DE LESSA CARVALHO, F., *Acceso igualitario...*, op.cit., pg. 97.

³³⁷ Ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 112.

³³⁸ Ver VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 49, y MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 197.

personas técnicamente cualificadas e imparciales), y a la transparencia y a las garantías de procedimiento (publicidad, acceso al expediente, etc.).

Cuáles sean estos condicionamientos y su alcance exacto es parte del objeto de esta tesis doctoral, y es una cuestión que aún no ha sido adecuadamente resuelta por el legislador. Por tanto, serán objeto de análisis detallado en los siguientes Capítulos del presente trabajo.

3.3.- Contenido con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas

El derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad se proyecta no solamente en la fase de elaboración de las normas jurídicas, sino también en la fase de aplicación de las mismas, tal y como viene reiterando el Tribunal Constitucional, entre otras, en las sentencias 10/1998, 73/1998, 107/2003 y 30/2008. Así, la STC 107/2003 señala que “el artículo 23.2 CE incorpora también el derecho a la igualdad en la aplicación misma de la ley, de tal modo que, una vez garantizada la vinculación de la propia Administración a lo dispuesto en las normas reguladoras del procedimiento selectivo, ha de quedar también excluida toda diferencia de trato en el desarrollo del referido procedimiento. En todos los momentos del proceso selectivo, incluso al resolver las reclamaciones planteadas por alguno de los aspirantes, la Administración está objetivamente obligada a dispensar a todos un trato igual”.³³⁹

Así pues, la actuación de la Administración Pública (o Ente del Sector Público convocante) que tramita los procesos selectivos puede también lesionar el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad al aplicar las bases reguladoras de dichos procesos. Esta cuestión, sin embargo, ha sido reiteradamente confundida con otra cuestión de distinta naturaleza: la cuestión de qué Jurisdicción (la ordinaria contencioso-administrativa o la constitucional) ha de analizar si la normativa infraconstitucional (leyes y bases reguladoras del proceso selectiva) ha sido correctamente aplicada (las denominadas “cuestiones de legalidad”). Debido a que la Constitución establece el derecho de acceso “en los términos que prevea la ley”, parece que lo único que debe analizarse en sede de amparo constitucional es que las bases reguladoras del proceso selectivo hayan respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad, de manera que solamente podría haber vulneraciones con trascendencia constitucional en el caso de que las bases no respetaran dichos principios.

³³⁹ La STC 10/1998 señala que el derecho del artículo 23.2 CE impide “que la Administración, mediante la inobservancia o la interpretación indebida de lo dispuesto en la regulación del procedimiento de acceso, establezca diferencias no preestablecidas entre los distintos aspirantes (STC 115/1996, que cita las 193/1987 y 353/1993)”. Ver también las SSTC 115/1996, 73/1999, 138/2000, 107/2003, 30/2008 y 353/1993.

Por el contrario, las infracciones en la fase de aplicación concreta de dichas bases a los opositores, sólo serían cuestiones “de legalidad”, pero no cuestiones “de constitucionalidad”, incluso se ha llegado a decir que no serían vulneraciones del derecho fundamental. Por tanto, nos encontramos con una confusión entre la cuestión de cuándo el derecho de igualdad en el acceso se ve lesionado y la cuestión de qué Jurisdicción debe analizar esas lesiones.

La doctrina constitucional es clara en las SSTC 73/1998 y 353/1993, que, entre otras, señalan que “lo que no cabe pedir en la vía del recurso de amparo es que este Tribunal entre a examinar y, en su caso, a revisar o a rectificar la estimación que de los méritos y capacidades de los aspirantes a determinados puestos se lleve a cabo por los órganos calificadores de los concursos y oposiciones, pretensión esta que confundiría lo resuelto en un procedimiento necesariamente selectivo con la afectación del derecho ex artículo 23.2 de la C.E. y que entrañaría, por lo mismo, pedir a este Tribunal Constitucional algo que no entra en su jurisdicción (ATC 1239/1987)”. En esta línea, el citado Tribunal viene entendiendo que lo que procede enjuiciar en el proceso de amparo constitucional es:

- Si se han introducido por las Administraciones Públicas, explícitamente o no, referencias individuales,

- Si existe alguna “quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función”.

- Si “no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final del puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad”.

Por su parte, la STC 73/1998 señala que “debe, por tanto, destacarse el protagonismo que a los Jueces y Tribunales corresponde en el control de la regularidad de los procesos selectivos, toda vez que, como declaramos en la STC 10/1989, al tratarse de un derecho de configuración legal, “corresponde al legislador señalar los requisitos oportunos dentro del debido respeto a los principios contenidos en el artículo 103 C.E., y a los órganos jurisdiccionales concretar en cada caso cuál sea la normativa aplicable, pues es a ellos a quien corresponde en exclusiva, de conformidad con el artículo 117.3 C.E., el enjuiciamiento de los hechos y la selección e interpretación de las normas”.

La cuestión podría haberse justificado más fácilmente indicando que no todas las vulneraciones del derecho fundamental tienen relevancia constitucional, y por tanto, no siempre son objeto del recurso de amparo. Así puede entenderse hoy, ya que, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 6/2007, se exige el requisito de la “relevancia constitucional” para la admisión a trámite del recurso de amparo constitucional.

Lo que debe estar claro es que, al margen de que se trate de cuestiones revisables o no en sede de recurso de amparo constitucional, la aplicación incorrecta de la legislación sobre acceso al empleo público constituye una lesión del derecho fundamental del artículo 23.2 CE, porque la igualdad lo es no sólo en la fase de creación de las normas que regulen el acceso al empleo público, sino también en la fase de aplicación de dicha normativa. Si dicha normativa no se aplica correctamente, no se está dando un trato igual al sujeto afectado, por lo que se vulnera el citado principio de igualdad. Y ello porque el trato igual implica que a cada aspirante se le baremen los méritos que indiquen las bases reguladoras.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional viene entendiendo que, cuando la Administración Pública aplica un criterio ilegal, sólo existe desigualdad de trato si dicho criterio ha sido aplicado a algún participante, pero que no existe desigualdad cuando ha sido aplicado a todos los participantes. Así, en la sentencia 10/1998 señala que “no toda vulneración de las bases genera *per se* una vulneración del citado derecho fundamental. Así, la inaplicación por la Administración de una de las bases del concurso a todos los aspirantes por igual, comportará indudablemente una infracción de la legalidad susceptible de impugnación ante los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero no integra una quiebra de la igualdad en el acceso que garantiza el artículo 23.2 C.E., pues, de esa infracción de la legalidad no se deriva trato desigual alguno, ni existe término de comparación sobre el que articular un eventual juicio de igualdad. (...) sólo cuando la infracción de las bases del concurso implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE”.

En el caso planteado en la STC 10/1998, se trataba de que en los impresos de los exámenes se indicaba que las respuestas erróneas restaban 0,33 puntos, pero durante la celebración de los exámenes se informó verbalmente a los opositores que, conforme al criterio adoptado por el Tribunal calificador las respuestas erróneas restarían 0,02 puntos, en vez de 0,33 puntos. Este nuevo criterio fue aplicado a todos los opositores.

Otro supuesto se encuentra en la STC 107/2003, en el que, en contra de lo dispuesto en las bases reguladoras de la convocatoria, que exigía 25 respuestas acertadas para superar la primera prueba, el órgano de selección decidió fijar este límite en 22 respuestas acertadas. A la vista de esta infracción de las bases de la convocatoria, la sentencia reitera que “el derecho fundamental garantizado por el artículo 23.2 CE no se extiende a la legalidad del desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es “un derecho a la igualdad en las condiciones de acceso a la Función Pública, lo que requiere, como en cualquier otro caso, la aportación de un término idóneo de comparación.³⁴⁰ No es suficiente, pues, para alcanzar la conclusión de que el artículo 23.2 CE ha sido vulnerado el que se haya interpretado una determinada regla de acceso en un sentido que ha resultado

³⁴⁰ En igual sentido las SSTC 115/1996, 73/1998, 138/2000, 107/2003 y 221/2004.

favorable para un determinado opositor. Por el contrario, “para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores”. Y concluye que “la reducción de la puntuación exigible para aprobar el primer ejercicio se realizó por el Tribunal coordinador a la vista de los listados innominados de puntuaciones obtenidas y la medida afectó a todos los opositores, desconociéndose a priori quiénes resultaron favorecidos por este criterio de valoración. Que esta decisión pudiera acaso beneficiar finalmente en mayor número a aquéllos que tenían servicios previos computables, por el valor de la puntuación obtenida en la fase de concurso, no determina que la recurrente haya sufrido un trato discriminatorio en la aplicación de las normas del concurso que lesione su derecho a acceder a la Función Pública en condiciones de igualdad”

Añade esta sentencia que “no debe olvidarse que no sólo aprobaron las pruebas selectivas, en los respectivos ámbitos geográficos elegidos, opositores con servicios previos puntuables, sino también opositores que, como la demandante, carecían de puntuación por dicho mérito, al computarse los puntos obtenidos en el primer y el segundo ejercicio de la oposición, así como los obtenidos en la fase de concurso por estar en posesión de un grado académico superior al exigido por la convocatoria”. Sin embargo, esta circunstancia no tiene conexión lógica con la existencia de discriminación al bajar el nivel de respuestas mínimas exigido, pues el hecho de que hayan aprobado el proceso selectivo opositores sin servicios previos no cambia la realidad de que se ha permitido superar la primera barrera (la fase de oposición) a aspirantes con servicios previos que no la habrían superado si se hubiera aplicado la regla sobre respuestas mínimas establecida en las bases. Por tanto, si a éstos se les computa el mérito de servicios previos y aprueban, quedando no aprobada la recurrente, es claro que se ha lesionado su derecho a acceder en condiciones de igualdad al empleo público, pues ella habría obtenido la plaza si las otras personas no tenían 25 respuestas acertadas, que es lo que exigían las bases.

En el caso de la STC 30/2008 el recurrente atacaba la interpretación de las bases del proceso selectivo realizada por la Administración, que había valorado la permanencia en el puesto de trabajo reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional teniendo en cuenta la subescala y no la categoría. Al respecto, la sentencia señala que se trata de “una interpretación, que si bien pudiera no ser la única posible, en nada vulnera el artículo 23.2 CE, puesto que no supone un trato discriminatorio, sino una baremación igual a todos los concursantes que se hallen en las mismas circunstancias”.

También puede citarse la STC 73/1998³⁴¹, referida a una convocatoria en que las bases establecían que para aprobar el segundo ejercicio de la oposición y continuar en el proceso selectivo, había que superar, en la prueba de máquina de escribir, una velocidad mínima de 250 pulsaciones por minuto, valorándose la

³⁴¹ En igual sentido la STC 115/1996.

velocidad desarrollada, la limpieza y exactitud de lo escrito y la corrección del escrito. La Administración convocante aprobó a opositores que no habían superado las 250 pulsaciones, y una opositora no aprobada solicitó que se excluyera a los opositores que no habían alcanzado las 250 pulsaciones. La citada sentencia señaló que “para que la desigualdad pueda ser apreciada es necesario que dicha interpretación no hubiera sido extendida a los demás opositores, lo que ni se sostiene ni puede afirmarse que aquí haya ocurrido”.

Asimismo, la STC 240/2000 señala que “el Tribunal calificador utilizó un criterio de calificación distinto, por considerar que las bases exigían 37 puntos y no 30 para superar la prueba. Pero de ello no cabe deducir que incurriera en discriminación, pues aplicó el mismo criterio a todos los concursantes”.

Por tanto, según la doctrina constitucional, el derecho de igualdad sólo se ve lesionado cuando un criterio se aplica a un aspirante y no a otro al que también le resulta aplicable. En cambio, si el error afecta por igual a todos los opositores, no habría vulneración del principio de igualdad. Sin embargo, el derecho del artículo 23.2 CE quedó vulnerado en todos los casos antes citados, ya que es evidente que el cálculo de las notas de los exámenes se ve sustancialmente modificado si se alteran las reglas de cálculo, y aunque la Administración Pública aplique los criterios erróneos a todos los participantes por igual, se está alterando el resultado que habría tenido lugar si se hubieran aplicado correctamente las bases reguladoras.

Así, aunque el órgano de selección aplique el criterio erróneo a todos los participantes, no por ello éstos han quedado en situación de igualdad, pues la situación de igualdad era que se aplicaran a todos los participantes las bases reguladoras del proceso, y no otro criterio distinto. Es obvio que si se rebaja el límite mínimo de respuestas acertadas establecido en las bases reguladoras, participantes que no habrían superado el proceso selectivo, lo superan, y en otras fases ulteriores del proceso acaban obteniendo la plaza que no habrían podido obtener si se hubiera aplicado correctamente el límite de respuestas acertadas, lo cual, obviamente, perjudica a los participantes que sí alcanzaron el límite mínimo de respuestas acertadas establecido en las bases reguladoras.

En la propia STC 73/1998 hay un voto particular del Magistrado Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, que señala que “en el presente caso, se efectuó la interpretación de «una determinada regla de acceso en un sentido que, ciertamente, ha resultado favorable para un determinado opositor» (...). Sin embargo, se deniega el amparo porque, (...) el derecho fundamental consagrado en el artículo 23.2 C.E. -se dice ahora- «no se extiende a la legalidad como tal en el desarrollo de todo el proceso selectivo, sino que es, precisamente, un derecho a la igualdad de las condiciones de acceso a la función pública» (...). Con tal declaración se ocasiona una grave restricción del ámbito de operatividad del referido derecho a la sola fase del establecimiento de las condiciones de acceso, y no, como una aplicación coherente de nuestra anterior doctrina hubiera propiciado,

a la interpretación discriminatoria que de las mismas pueda producirse en el total desarrollo del proceso selectivo”. Concluye que la sentencia debió entender que el órgano calificador del concurso aplicó las bases de la convocatoria “de forma discriminatoria en favor de una de las concursantes, al considerar que la misma había aprobado el segundo de los ejercicios previstos en las bases pese a que, tal y como inequívocamente revelan las actuaciones contenidas en el expediente, no había superado el requisito de la velocidad de pulsaciones exigida en la prueba mecanográfica”.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha continuado en la misma tesitura. Así, el Auto 016/2010 inadmite una demanda de amparo en la que el recurrente impugna la interpretación realizada por el Tribunal calificador del concepto "Administración de Estado" que figuraba en las bases de la convocatoria a los efectos de la valoración de méritos, por entender que era ilícita por ser excesivamente restrictiva. Sin embargo, el Tribunal Constitucional señala que “sólo cuando la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes, cabe entender que se ha vulnerado esta dimensión interna y más específica del derecho fundamental que reconoce el artículo 23.2 CE (por todas, STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6). (...) Pues bien, tal como refiere el Ministerio Fiscal, en la medida en que la queja aparece referida a una cuestión interpretativa respecto de las bases de la convocatoria que, en sí misma, no implica ninguna discriminación y que, además, ha sido aplicada con carácter general a todos los participantes, la vulneración aducida del artículo 23.2 CE carece manifiestamente de fundamento, pues plantea una mera cuestión sobre el estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos que, como ya se ha señalado, no está dentro del ámbito de protección de este derecho fundamental”.

Por lo expuesto, el Tribunal Constitucional inadmite el recurso de amparo, por carecer manifiestamente de contenido que justifique una decisión sobre el fondo por dicho Tribunal, de acuerdo con el artículo 50.1 c) LOTC. El Auto expuesto es muy representativo, porque la clave de la argumentación del Tribunal radica en que considera que “el artículo 23.2 CE no consagra un pretendido derecho fundamental al estricto cumplimiento de la legalidad en el acceso a los cargos públicos”, sino que es preciso que, además, “la infracción de las normas o bases del proceso selectivo implique, a su vez, una vulneración de la igualdad entre los participantes”. Pues bien, el derecho fundamental del artículo 23.2 CE sí implica el derecho a que se cumplan las bases reguladoras de los procesos selectivos, porque todo incumplimiento de las mismas implica un trato que favorece o perjudica a alguno de los participantes, por lo que se produce un trato desigual. Así, acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, implica no sólo que las bases reguladoras estén diseñadas en abstracto, sino que además deben ser aplicadas correctamente.

Debe añadirse que en la doctrina seguida por el Tribunal Constitucional subyace un posicionamiento restrictivo acerca del alcance del recurso de amparo

constitucional. En este sentido, la STC 87/2008 añade que: “si concediéramos el amparo al demandante no estaríamos verificando ningún juicio de igualdad, sino suplantando a los Tribunales ordinarios, pues vendríamos a decidir una cuestión de legalidad ordinaria, ajena a nuestra jurisdicción, como es la de declarar que al demandante no le era exigible la superación de la oposición, sino sólo la del concurso. Si lo hiciéramos, estaríamos actuando como una segunda instancia judicial, habida cuenta que la invalidez del sistema de concurso-oposición que aquél patrocina no se basa en la vulneración de derecho fundamental alguno, único ámbito en el que la jurisdicción de amparo tiene la última palabra”. Tal y como se indica en el Capítulo 1 de esta tesis doctoral, la infracción de las normas reguladoras del proceso selectivo implica directamente una lesión del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, y, por tanto, procede entrar en su análisis, siempre que tal infracción haya alterado el resultado del proceso selectivo.

No obstante, debemos indicar que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional acaba entrando en el análisis de la aplicación de la ley. Así sucede en la STC 138/2000, referida un concurso para obtener plaza de profesor titular, donde en el baremo figuraba como mérito la experiencia docente. Impugnada la resolución del concurso, el órgano jurisdiccional anuló la resolución por entender que el candidato nombrado no reunía el requisito de tener experiencia docente. Pero el Tribunal Constitucional entiende que, según resulta del baremo aplicable, la experiencia docente era sólo un mérito susceptible de valoración, pero no un requisito o condición para acceder a la plaza, cuya carencia impidiera la adjudicación de la plaza. Al haberse considerado por el TSJ como requisito, se había excedido de lo que señalaba el baremo, y había lesionado el derecho fundamental del artículo 23.2 CE. Vemos, pues, cómo en este caso el Tribunal Constitucional sí analiza la aplicación de la normativa efectuada por la Administración y los órganos judiciales, aunque no sea la regla general seguida por el mismo.

Debe hacerse referencia también a lo expuesto en la STC 83/2000, referida al caso en que una opositora que participó en las pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Profesores de Enseñanza Secundaria alega que las bases de la convocatoria daban un trato de favor a los Profesores interinos o contratados temporales, al no exigirles, como se exige al resto de los aspirantes (entre los que está la demandante), que acrediten que poseen el perfil lingüístico exigido en la convocatoria con anterioridad al desarrollo de las pruebas en que consiste la oposición. Pues bien, el Tribunal Constitucional ofrece dos argumentos para no estimar el recurso de amparo:

- En primer lugar, señala que “la demandante de amparo acreditó el perfil lingüístico exigido, por lo que pudo continuar con las pruebas de la fase de oposición, en la que obtuvo la máxima calificación, y si finalmente no superó este proceso selectivo fue porque hubo otros aspirantes que tuvieron más méritos que ella, lo que les llevó a obtener una puntuación más alta que la conseguida por la ahora recurrente”. Pero el problema no es que otros tengan más méritos que ella,

sino que a ella se le exige un requisito y a los demás no. Y si a los demás se les hubiera exigido ese requisito, quizás no lo tendrían, y no habrían podido competir con ella.

- En segundo lugar, el propio Tribunal Constitucional reconoce que cabe pensar que algunos de los interinos o contratados temporales que han aprobado la oposición no lo habrían hecho si, al exigírseles la acreditación del perfil lingüístico no hubieran podido acreditarlo. Pero añade que “tales consideraciones no dejan de ser meramente hipotéticas”, porque la recurrente no acredita en qué situación habría quedado ella si se hubiera exigido la acreditación a todos los aspirantes, ocurriendo que ella sólo estaría perjudicada si la exigencia del requisito a todos los aspirantes hubiera determinado que, al ser excluidos más aspirantes, la puntuación mínima para aprobar el proceso selectivo hubiera bajado hasta la puntuación que tenía la recurrente. Y esta circunstancia no sólo no ha sido acreditada en la demanda de amparo, sino que ni siquiera ha sido alegada, de modo que sólo alega “una abstracta discriminación”.

Está claro que si el opositor reclama que a otros aspirantes no se les han exigido determinados requisitos (lo cual es un trato de favor), la reclamación sólo puede prosperar si él acredita que, de haberse exigido a todos el mismo requisito, las puntuaciones hubieran cambiado, de modo tal que él sí habría superado el proceso selectivo. Esta circunstancia, sin embargo, debemos tener en cuenta que no siempre podrá acreditarla, ni siquiera conocerla, el opositor que reclama, de modo que, cuando se alega la existencia de un trato de favor de este tipo, es preciso que el órgano revisor (normalmente judicial) realice una prueba (a instancia de parte) consistente en, aplicando correctamente las bases reguladoras del proceso selectivo, volver a calificar a los aspirantes aprobados³⁴² y al reclamante para ver si ahora éste obtiene una puntuación superior al último de los aprobados.

Así pues, el propio Tribunal Constitucional, al indicar que la recurrente no acreditó que los resultados habrían cambiado, está reconociendo que es procedente efectuar una fase de prueba sobre este punto y que, si los resultados del proceso selectivo cambian, entonces procede conceder el amparo solicitado. Además, ésta es la doctrina existente en el caso de los recursos de amparo en materia de cargos públicos representativos: que la incorrección cometida afecte al resultado electoral.

Por su parte, el Tribunal Supremo ha tenido que realizar auténticos malabarismos conceptuales para admitir que la concreta valoración de méritos realizada por el órgano de selección afecta directamente al derecho fundamental del artículo 23.2 CE. Y ello en los casos en que la Administración Pública alegaba que esta cuestión era una cuestión de legalidad ordinaria que, por tanto, no podía ser planteada a través del recurso especial de protección jurisdiccional de los

³⁴² No digo recalificar a todos los participantes, porque no han recurrido, dejando firme y consentido el proceso selectivo.

derechos fundamentales.³⁴³ Al respecto, puede destacarse la STS de 8 de marzo de 2010 (que se remite también a las SSTS de 17 y 24 de febrero 2010), relativa a un caso en que al recurrente no le fueron reconocidos 4 puntos por un Curso de Formación impartido, y que, recordando la jurisprudencia constitucional, distingue dos supuestos:

- En primer lugar, “habrán de considerarse cuestiones de legalidad ordinaria las que únicamente versen sobre la interpretación de las bases respecto de los concretos méritos que haya establecido el legislador en el ejercicio de su amplia libertad de determinación cuando no se suscite su desigual aplicación. Así ocurrirá cuando el correspondiente órgano calificador, a pesar de haber interpretado indebidamente las bases aplicables a un determinado proceso selectivo, haya seguido el mismo criterio para la totalidad de los participantes en él y, por ello, no los haya colocado en una situación de desigualdad”

- En segundo lugar, la controversia sí “deberá considerarse directamente relacionada con el artículo 23.2 de la Constitución si la exclusión de un aspirante en un proceso selectivo se ha debido a un error de hecho o aritmético en la constatación de la realidad de las circunstancias personales que hubiera invocado para justificar que cuenta con uno o más de los méritos contemplados en la convocatoria. Así habrá de ser porque, entonces, lo cuestionado no será la interpretación general y común para todos los aspirantes que el órgano calificador haya dado a las bases, sino la negativa a reconocer esos méritos a un concreto aspirante en función de sus personales circunstancias”.

A través del segundo supuesto es como el Tribunal Supremo considera que el análisis de la valoración de méritos está directamente relacionado con el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, señalando que “no consta en las actuaciones (...) que el órgano calificador del proceso selectivo hubiera establecido un concreto criterio interpretativo de las bases de la convocatoria (complementario de lo que literalmente en ellas se establecía) y que lo hubiera aplicado con carácter general a todos los aspirantes, ni que haya sido la aplicación de dicho criterio general preestablecido la causa directa de que la parte demandante en la instancia no haya superado el proceso selectivo. (...) lo que el Sr. Rogelio planteó (...) no fue una errónea interpretación jurídica de las bases de la convocatoria sino algo diferente. Lo que suscitó fueron errores de constatación de rasgos o características materiales en algunos méritos que por su ostensibilidad merecían la calificación de arbitrarios. (...) la exclusión de un aspirante en un procedimiento selectivo por esa clase de errores sobre sus méritos personales significa, en definitiva, inaplicarle sin justificación razonable la regulación general dispuesta para esos méritos. Es decir, equivale a colocarlo en una situación de injustificada desigualdad”.

³⁴³ Regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Estos razonamientos del Tribunal Supremo, sin perjuicio de su buena fe, resultan excesivamente complejos, y además dudosos a nivel conceptual, porque la determinación de si un curso encaja en las bases reguladoras no es una cuestión de hecho, sino de Derecho, pues es la aplicación de una regla al caso concreto. El error de hecho sería, por ejemplo, computar menos horas de las que indica el certificado del curso, o equivocarse en una operación matemática. Y, además, la citada sentencia legitima el caso en que, de forma ilegal, el órgano de selección aplica un criterio injusto a todos los participantes.

A la vista de todo lo expuesto, debe concluirse que el derecho fundamental sí queda lesionado en los tres siguientes casos:

- Cuando el criterio erróneo se ha aplicado a un participante concreto y no a otros.

- Cuando el criterio erróneo se ha aplicado a todos los participantes, porque las reglas de valoración se han alterado. Así sucede por ejemplo cuando la Administración Pública o Ente convocante altera para todos los aspirantes los requisitos mínimos exigidos para superar una fase del proceso (por ejemplo, número mínimo de pulsaciones, número mínimo de respuestas acertadas, valoración de las respuestas erróneas), o cuando no computa en general un determinado mérito. En estos casos, otros participantes que carecían de dicho mérito se van a ver favorecidos, así como incluso entre los participantes que tenían el mérito, su puntuación relativa entre ellos también varía.

- Cuando un determinado mérito baremable según las bases reguladoras no se ha reconocido al único participante que lo tenía, pues el trato igual implica que a todos se les reconozcan aquellos méritos que sean baremables según dichas bases reguladoras.

3.4.- Carácter reaccional del derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad

El Tribunal Constitucional ha venido reiterando en diversas sentencias, como las SSTC 50/1986, 82/1987, 73/1998 y 353/1993, que el artículo 23.2 CE otorga un derecho de carácter reaccional para impugnar (ante la Jurisdicción Ordinaria, y en último extremo ante el Tribunal Constitucional) toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ distinguen entre los derechos subjetivos tradicionales o típicos, clásicos del Derecho Privado, normalmente de carácter patrimonial, y los derechos reaccionales, que atribuyen, en el Estado de Derecho, la facultad de instar y obtener la eliminación de las

actuaciones administrativas antijurídicas.³⁴⁴ En esta misma línea, indica FOSSAS ESPADALER³⁴⁵ que el contenido del derecho fundamental del artículo 23.2 CE es la acción impugnatoria para anular los actos lesivos de dicho derecho, de manera que el mismo no atribuye un derecho material de acceso al cargo público, sino la facultad de reaccionar contra los actos lesivos del citado derecho. En cuanto al alcance de esta acción impugnatoria, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 50/1986, de 23 de abril, indica que el citado derecho fundamental faculta para impugnar “toda norma o toda aplicación concreta que quiebre la igualdad”.

Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones respecto de la impugnación de las normas con rango de ley que pudieran lesionar dicha igualdad. En efecto, conocido es que los ciudadanos en abstracto no están legitimados para interponer el recurso de inconstitucionalidad contra leyes y normas con rango de ley. Por otra parte, la figura de la cuestión de inconstitucionalidad no está prevista para que el ciudadano impugne las leyes inconstitucionales, puesto que es el Juez ordinario quien decide si procede plantear dicha cuestión, que, por tanto, es un remedio frente a las dudas que pudiera tener el propio Juez ordinario. Pero el ciudadano cuyo derecho de los artículos 14 o 23.2 CE haya sido vulnerado por una ley tiene un remedio procedimental, que es la “autocuestión” prevista en el artículo 55.2 LOTC.

Por otro lado, cabe preguntarse si es posible impugnar la situación reconocida a otra persona en virtud de una aplicación incorrecta de la normativa. La respuesta a esta cuestión depende de que el éxito de la impugnación cambie o no la posición del interesado en cuanto al reconocimiento de su propio derecho. A este respecto, puede citarse el caso resuelto por la STC 82/1987, en que el recurrente alegaba que su derecho de sufragio pasivo del artículo 23.2 CE había sido lesionado porque otra candidatura también había sido admitida en el proceso electoral sin que cumpliera todos los requisitos legalmente exigidos para ello.

Sin embargo, la citada sentencia indica que “la igualdad que puede así ser invocada ante los Tribunales -y, en su caso, en este proceso de amparo- es solo la que, restablecida, permitiría abrir las vías que el ordenamiento dispone para el acceso a los cargos y funciones públicas en favor de aquel para quien antes dichas vías se cerraron de modo irregular. No cabe, en otras palabras, esgrimir esta garantía constitucional para oponerse al reconocimiento público del derecho fundamental ajeno”. Añade la sentencia que el hecho de permitir participar de manera irregular a otra candidatura no deparó, por sí sólo, discriminación alguna a las demás candidaturas - entre ellas, la del recurrente-, puesto que el recurrente continuó con la posibilidad de competir en el proceso electoral, solicitando el apoyo electoral de sus conciudadanos para acceder al cargo público.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, volumen II, Derechos subjetivos del administrado, pg. 37, y sobre derechos reaccionales, pg. 55.

³⁴⁵ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 133 y 135, y también GARCÍA ROCA, J., *Cargos públicos representativos...*, op.cit., pg. 351.

Parece, pues, que el Tribunal Constitucional considera que no procede analizar el recurso de amparo cuando el recurrente se limita a atacar la situación de otra persona, no a reclamar los obstáculos que se le han presentado a él para concurrir a las elecciones. Sin embargo, en el caso analizado en la citada sentencia, permitir que una candidatura que no reúne los requisitos necesarios participe en un proceso electoral perjudica a las demás candidaturas, pues permite que aquélla obtenga votos que no podría haber obtenido de haber sido inadmitida, y, en caso de que llegue a obtener algún escaño o cargo, ello altera el resultado electoral, ya que ese cargo o escaño habría sido obtenido por otra candidatura legalmente admitida en el proceso electoral.

En definitiva, si la Administración aplica incorrectamente la legislación y no exige a la candidatura un requisito legal exigible, estará permitiendo participar en el proceso electoral a quien no tiene derecho a ello. Por tanto, no podría decirse que haya "libre concurrencia" en las elecciones, y está claro que el resultado electoral podría verse modificado si los votantes de la candidatura irregularmente proclamada no hubieran podido votarla.

Más bien se trata de que no procede impugnar el derecho reconocido a otro si ello no afecta a la posición subjetiva del recurrente, de modo que, si una vez analizada la cuestión, se concluye que el resultado es el mismo para el recurrente, quizás pueda admitirse que no se altere la posición del tercero. Así, en el ámbito del acceso a los empleos públicos (funcionarios y laborales) resulta de máxima relevancia analizar si los aspirantes aprobados reúnen los requisitos y puntuación que la Administración Pública o Ente convocante les ha reconocido, si ello es determinante de que el recurrente figure o no en la lista de aprobados.

4.- LAS FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD

4.1.- Complejidad del sistema de fuentes

El derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público cuenta con un complejo sistema de fuentes reguladoras, caracterizado por cuestiones como el poder legislativo competente (Estado, Comunidades Autónomas)³⁴⁶, el tipo de ley reguladora (orgánica u ordinaria), el alcance de la reserva de ley (absoluta o

³⁴⁶ En efecto, la estructura compleja del Estado español determina la existencia de varios Ordenamientos Jurídicos en el territorio, el Estatal y los autonómicos, cuyas relaciones revisten un relevante grado de complejidad. En este sentido, puede verse BALAGUER CALLEJÓN, F., "Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y Ordenamientos Jurídicos", *REDC*, nº. 69, 2003, y el Capítulo VI de su obra *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992, dedicado a "Ordenamiento General y Ordenamientos Autonómicos. Relaciones". (Pg. 184 y ss.).

relativa) y el significado e implicaciones prácticas del concepto de “derechos de configuración legal”.³⁴⁷

Como destaca la doctrina, existe una gran dispersión normativa³⁴⁸, ya que el sistema parte del artículo 149.1.18ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios. Por tanto, se trata de legislación básica, susceptible de desarrollo autonómico. La actual legislación básica se encuentra principalmente en el EBEP, cuyos artículos 55 a 61 contienen unas previsiones legales más amplias que el antiguo (y escueto) artículo 19 de la Ley 30/1984, pero que constituye una normativa básica necesitada del correspondiente desarrollo legal y reglamentario, que corresponde a las Comunidades Autónomas.³⁴⁹ Además, en el ámbito local intervienen tres estratos: Estado, Comunidad Autónoma y Ente Local, lo cual aumenta la complejidad en el sistema de fuentes.

Esta complejidad de fuentes se aprecia en el actual EBEP, que, como indica GIMÉNEZ ASENSIO³⁵⁰: a) es directamente aplicable en determinadas materias, b) se aplica de manera diferida a otras materias, pendientes de desarrollo autonómico, c) deroga legislación anterior, pero de manera diferida, hasta que se dicten leyes autonómicas de desarrollo y d) ciertas cuestiones y decisiones las deja a lo que “cada Administración” decida. Además, respecto del empleo público local, el citado autor nos recuerda que existen dos fuentes de legislación básica: las bases contenidas en el EBEP, y, además, las que se dicten en el ejercicio de la competencia sobre la legislación básica en materia de régimen local, a todas las cuales deben ajustarse las Comunidades Autónomas cuando legislan sobre función pública local.

Por otro lado, al tratar de las fuentes reguladoras del acceso al empleo público, es obligado distinguir entre el acceso al empleo público salvaguardado directamente por el artículo 23.2 CE, que es a los puestos de carácter funcional,

³⁴⁷ La doctrina ha destacado además que la legislación de empleo público es asistemática, en buena parte debido a su construcción desordenada a través de respuestas a problemas concretos de cada momento. (Ver JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en AA.VV., *Crisis económica y función pública*, Dir. FUENTETAJA PASTOR, J.A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012, pg. 47).

³⁴⁸ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 63 y ss. También denominada “festival de leyes” por SOSA WAGNER, F., “Empleados públicos: festival de leyes”, en el *diario el Mundo*, de 20 de septiembre de 2007. (<http://www.almendron.com/tribuna/16914/empleados-públicos-festival-de-leyes/>)

³⁴⁹ Artículo 6 EBEP: “En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas aprobarán, en el ámbito de sus competencias, las Leyes reguladoras de la Función Pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas”.

³⁵⁰ GIMÉNEZ ASENSIO, R., “Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local”, *RVAP*, enero-abril, 2008, pg. 145 y ss.

y el acceso al empleo público laboral, cuyas garantías proceden del artículo 14 CE, pues el reparto competencial establecido en la Constitución varía, según se trate de empleo funcionarial o laboral. Esta distinción se refleja en el propio EBEP:

- Según su artículo 1.1, el EBEP tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación, y estas bases se dictan al amparo del artículo 149.1.18ª CE (según la Disposición Final Primera del EBEP), el cual atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre *“las bases del régimen estatutario de sus funcionarios”*.

- Asimismo, según su artículo 1.2, el EBEP tiene también por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, dictándolas al amparo del artículo 149.1.7ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la *“legislación laboral”*.

Sin embargo, que la regulación del acceso al empleo laboral público no es una cuestión de Derecho Laboral en sentido estricto, pues no se refiere al régimen de derechos y obligaciones del trabajador, sino que es una cuestión previa que afecta al nacimiento de la relación laboral. Es, pues, una cuestión de Derecho Público. A este respecto, resulta aplicable la teoría de los actos separables, que atribuye al orden Contencioso-administrativo el conocimiento de los litigios sobre procesos selectivos del personal laboral. Como cuestión de Derecho Público, el acceso al empleo público laboral está más bien relacionado con el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 CE) y con las condiciones básicas de ejercicio de derechos iguales para todos los españoles (artículo 149.1.1 CE).

4.2.- Reserva de ley y consideración como derecho de configuración legal

La reserva de ley en relación con el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad tiene su fundamento en tres preceptos constitucionales:

- El artículo 23.2 CE, que reconoce el derecho *“con los requisitos que señalen las leyes”*.

- El artículo 53.1 CE, según el cual *“sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio”* de los derechos y libertades del Título I de la Constitución.

- Y el artículo 103.3 CE, que señala que *“la ley regulará (...) el acceso a la función pública”*.

Como ya se ha expuesto en el Capítulo 1 de esta tesis doctoral, el Tribunal Constitucional viene reiterando que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas es uno de los denominados “derechos de configuración legal”, porque el artículo 23.2 CE reconoce este derecho *“con los requisitos que señalen las leyes”*, de modo que es la ley la que va a configurar el

contenido exacto de este derecho. Esta expresión utilizada por el artículo 23.2 CE ha motivado que el Tribunal Constitucional entienda debilitada la exigencia de ley para regular este derecho fundamental, en el sentido de que cabe una amplia intervención del reglamento.

En este punto, y tal y como indica ERIC FOSSAS ESPADALER³⁵¹, resulta trascendental la STC 47/1990, que resuelve un caso en que los recurrentes de amparo impugnaban una Instrucción administrativa que impedía a los profesores de religión ser candidatos al cargo de director de sus respectivos centros docentes, ya que les faltaba el requisito de tener un destino definitivo. Alegaban que la Ley Orgánica del Derecho a la Educación no exigía como requisito para el cargo de director la circunstancia de tener destino definitivo, ni siquiera de ser funcionario, de modo que, al ser introducidos estos requisitos por un Real Decreto, se había vulnerado la reserva de ley del artículo 23.2 CE.

La citada sentencia indica que el artículo 23.2 CE “no configura un derecho fundamental sustantivo de acceso³⁵² a las funciones y cargos públicos, por lo que no es lícito concluir que queda infringido si los requisitos que condicionan dicho acceso no se regulan exclusivamente por normas con rango de Ley (...). El derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 garantiza una situación jurídica de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con la consecuencia de que no pueden establecerse requisitos para acceder a los mismos que tengan carácter discriminatorio”.

Y compara las reservas de ley contenidas en los artículos 23.2 y 27.2 CE, pues ambos preceptos se remiten a la ley³⁵³. Entiende el Tribunal que el alcance de la reserva de Ley del artículo 27.2 CE es distinto y más estricto que el de la del artículo 23.2 CE, “pues, tratándose de un derecho sustantivo y no de la garantía de una situación jurídica de igualdad, es claro que corresponde al legislador, a tenor de lo dispuesto en el artículo 53.1 de la Constitución, regular su ejercicio”. Para esta reserva del artículo 27.2, el Tribunal señala que es lógico entender que el reglamento puede complementar la regulación legal, pero no admite el caso en que “una norma reglamentaria restringe los derechos de participación establecidos por la Ley, añadiendo requisitos nuevos y más gravosos”.

Sin embargo, no existe una conexión directa entre el hecho de que el derecho del artículo 23.2 CE no sea un derecho sustantivo y cuál deba ser la norma reguladora de su contenido. Y el propio artículo 23.2 CE es claro al indicar

³⁵¹ FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 147.

³⁵² PULIDO QUECEDO considera que lo que pretende expresarse con la expresión de que no es un derecho sustantivo, es que “la noción de cargos y funciones públicos no va ineluctablemente referida a un régimen jurídico uniforme”. (PULIDO QUECEDO, M., “Algunas consideraciones...”, op.cit., pg. 173).

³⁵³ El artículo 27.3 CE reconoce un derecho fundamental de participación de los Profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, “en los términos que la Ley establezca”.

que los requisitos del acceso los establecerán las leyes.³⁵⁴ Lo que sí parece claro es que la colaboración del reglamento es necesaria.

Así, la citada STC 47/1990 admite la colaboración del reglamento en la configuración de los requisitos para el acceso a los cargos y funciones públicos, señalando que “Sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los requisitos para acceder a cualquier cargo o función en el seno de la Administración, pues dichos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso”. Por tanto, la intervención del reglamento resulta inevitable, por la imposibilidad de diseñar al detalle todos los procesos selectivos.

Ahora bien, la colaboración del reglamento en la regulación del acceso a las funciones públicas tiene unos límites. Así, la citada STC 47/1990 concluye que “la potestad reglamentaria no podrá desplegarse aquí ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa, no siéndole tampoco posible al legislador disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos”.³⁵⁵ También añade dicha sentencia que “«no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquéllos a quienes la Ley no excluyó», cuando -debe añadirse- ni siquiera esta última ha previsto la posibilidad de que por vía complementaria el reglamento pueda eventualmente excluirles”.³⁵⁶ También la STC 27/1991, considera “constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración, mediante la vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la Ley, pueda incorporar nuevos y diferentes requisitos a los legalmente previstos en los procedimientos de acceso a la función pública”.³⁵⁷

En este sentido, la STC 99/1987 declaró la inconstitucionalidad del último inciso del artículo 15.1 de la Ley 30/1984, que encomendaba al Ministerio de la Presidencia determinar los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, “debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”, al considerar, con base en el artículo 103.3 CE, que “corresponde sólo a la Ley la regulación del modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

Por su parte, la STC 37/2002 indica que la reserva de ley del artículo 103.3 CE sustrae al reglamento el estatuto de los funcionarios públicos, pero “no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos

³⁵⁴ Literalmente el artículo 23.2 CE indica “con los requisitos que señalen las leyes”.

³⁵⁵ En el mismo sentido, las SSTC 138/2000, 99/1987, 48/1998 y 73/1998.

³⁵⁶ También el ATC 246/1996 señala que “resulta constitucionalmente proscrita la posibilidad de que la Administración por vía reglamentaria o mediante actos de aplicación, pueda incorporar nuevos requisitos carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovativos de diferenciación donde el legislador no había diferenciado”.

³⁵⁷ La STC 48/1998 admite una amplia colaboración del reglamento, pero para regular la Relación de Puestos de Trabajo, señalando que “de lo que se trata no es de regular las condiciones de acceso a la función pública, como de definir las características esenciales de los puestos de trabajo a desempeñar por personal que ya es funcionario”.

instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa”.

En cuanto al alcance del enunciado constitucional “*estatuto de los funcionarios públicos*” del artículo 103.3 CE, el Tribunal Constitucional ha declarado que se trata de una expresión cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en la que ha de entenderse comprendida, en principio, la regulación sobre adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción de la carrera administrativa y las situaciones que en ésta puedan darse, los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y su régimen disciplinario, así como sobre la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y el modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN³⁵⁸ indica que de la propia letra del artículo 103.3 CE se deduce que están comprendidas dentro de la citada reserva de ley las normas reguladoras del sistema de acceso a la función pública, que deben comprender no sólo los requisitos generales para el acceso en condiciones de igualdad, sino también “los criterios mediante los que se concreten los principios de mérito y capacidad”. Precisamente, lo que se echa en falta en la legislación vigente es la determinación más precisa de esos criterios.

Hemos de hacer referencia también a la STC 235/2000, que analizó la remisión del artículo 99 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local³⁵⁹, a la potestad reglamentaria de los Entes Locales para que, en los concursos de méritos para proveer las plazas de funcionarios locales de habilitación nacional, fijaran los méritos específicos, que podrían alcanzar hasta el 25 % en la valoración global del concurso. Dicho artículo 99 establecía que dichos méritos específicos se fijarían en atención, en todo caso, a la necesaria adecuación a las características del puesto de que se trate.

Los recurrentes entendían que se vulneraba la reserva de ley del artículo 103.3 CE porque el citado artículo 99 LBRL no contenía elemento alguno que contribuyera a perfilar el contenido de esos méritos específicos, más allá de la genérica referencia a la adecuación a las características del puesto de trabajo. El Tribunal Constitucional, sin embargo, concluyó que esta remisión a la potestad reglamentaria de los Entes Locales no conculcaba la reserva de ley, porque el legislador sí había aportado una pauta (la necesaria adecuación a las características del puesto) que enmarcaba el lícito ejercicio de su potestad de autoordenación por las Entidades locales, conjugando, de este modo, las

³⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 67.

³⁵⁹ En la redacción dada por la Ley 10/1993.

exigencias de la reserva de ley con el ámbito de la autonomía local. Y recordaba la sentencia que la pormenorización de los méritos baremables en los concursos de méritos para provisión de puestos en la Administración General del Estado también estaba diferida al reglamento.

Por otro lado, la citada sentencia 235/2000 se apoya también en la autonomía local (artículos 137 y 140 CE), señalando que “resulta plenamente coherente con la lógica del sistema que el legislador haya atribuido a los Entes locales interesados la fijación de un determinado porcentaje de los méritos que pueden hacerse valer en los concursos; méritos que, en todo caso, habrán de responder a las concretas características, de ahí su especificidad, del puesto de que se trate. Especificidad que si, de un lado, hace posible el eventual control judicial, de otro, dado que tal precisión no dejaría de entrar en conflicto con el margen de libre disposición de que se ha querido investir por el legislador a los Entes locales, no puede desembocar en un excesivo encorsetamiento de dicho margen mediante la fijación de grupos, tipos o categorías de méritos, que, sobre no venir exigida por la reserva de Ley, reduciría injustificadamente el ámbito en el cual naturalmente pueden desplegarse las competencias de aquellos Entes para especificar, en virtud de su potestad de autoorganización, las peculiaridades de los distintos puestos de trabajo”. No se entiende, sin embargo, qué especificidades hacen falta, cuando se trata de Cuerpos funcionariales que tienen las mismas funciones en todos los Entes Locales.³⁶⁰

Debe destacarse, en todo caso, que el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013³⁶¹, es más restrictivo con el campo de actuación de las Administraciones Locales en los concursos para cubrir los puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional, lo siguiente: “El ámbito territorial de los concursos será de carácter estatal. (...) Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por ésta, y su puntuación alcanzará hasta un 5% del total posible”. Habrá que esperar la valoración del Tribunal Constitucional sobre esta reducción de la intervención local, cuyo análisis constitucional probablemente le será planteado por los cauces correspondientes, en caso de llegar a aprobarse dicha ley.

Finalmente, debe indicarse que los recurrentes también entendían que, dado que la ley no fijaba los tipos o clases de méritos que los Entes Locales

³⁶⁰ De acuerdo con la Ley 7/1985, las Corporaciones Locales venían fijando el 25 por 100 de los méritos baremables en los concursos de provisión de puestos de funcionarios locales con habilitación estatal.

³⁶¹ Por su parte, la Disposición Adicional Segunda EBEP pasa a disponer que las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial regularán las bases comunes del concurso ordinario, regulando las bases comunes del concurso ordinario así como el porcentaje de puntuación que corresponda a cada uno de los méritos enumerados en dicha Disposición Adicional.

podrían fijar, ni la puntuación máxima atribuible a cada uno, sería posible que “la confección de los méritos específicos responda al «perfil» de un determinado candidato”, de modo que concluyan que “la regulación legal propicia un uso arbitrario o torticero del sistema previsto, cuya eventual corrección en vía judicial (artículo 106.1 CE) resulta insuficiente para enervar la tacha de inconstitucionalidad”.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, señaló que “la eventualidad, como sostienen los recurrentes, de un uso arbitrario o torticero de esta posibilidad por parte de las Corporaciones Locales no puede traducirse en una declaración de inconstitucionalidad como la pretendida, pues, con independencia de que la sede ordinaria del necesario control de los excesos a que esta posibilidad pueda dar lugar sea la jurisdicción contencioso-administrativa. (...) la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues (...) no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso”.

No podemos compartir esta generosa argumentación, basada en la presunción de honestidad. Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los correlativos de objetividad e imparcialidad, hacen necesario que la legislación se estructure de forma que no permita que por vía reglamentaria o de acto administrativo se configuren baremos “a medida” de un determinado candidato. Además, lo expuesto afecta al deber de predeterminación normativa que se deriva del propio artículo 23.2 CE, según se expuso en el Capítulo 1 de esta tesis doctoral, al tratar del contenido esencial de este derecho.

En cuanto a los requisitos de acceso al empleo público, éstos vienen establecidos con carácter general en el artículo 56 EBEP.³⁶² Es posible que la legislación en casos específicos pueda establecer otros requisitos, pero siempre dentro del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Al respecto, el artículo 56.3 EBEP establece que *“podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general”*. Y, en todo caso, dichos requisitos específicos irán necesariamente conectados con los principios de mérito y capacidad.

Debe citarse la STS de 18 de julio de 2003, en la que una Comunidad Autónoma solicitaba que se declarase como doctrina legal que las bases reguladoras del proceso selectivo podían establecer los méritos baremables y sus criterios de ponderación sin necesidad de una ley previa o de un reglamento de desarrollo de ésta que regule dicha cuestión. El Tribunal Supremo señaló que no

³⁶² Se trata de los requisitos generales: nacionalidad, capacidad funcional, edad y no haber sido separado del servicio. Estos requisitos generales no son objeto de análisis en la presente tesis doctoral.

era coherente con la misión de complemento regulador de la ley que corresponde al reglamento, que el mismo dejase al acto concreto de las bases reguladoras tales cuestiones.

Por otro lado, debe hacerse referencia a la Jurisdicción competente para resolver los problemas de adecuación de los reglamentos a la ley. A este respecto, cuando la lesión de la reserva de ley por un reglamento constituya lesión de un derecho fundamental, procede su análisis en sede de recurso de amparo constitucional. Así, la STC 47/1990 señala que “en virtud de la garantía de igualdad establecida en el artículo 23.2 CE, es posible realizar un juicio de constitucionalidad si la disposición reglamentaria desconoce las condiciones legales en perjuicio de determinadas personas o grupos”, concluyendo que “no puede el Reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la ley no excluyó”. Debemos estar de acuerdo con este razonamiento.

Finalmente, debe analizarse si los Reglamentos emanados de los Órganos Constitucionales satisfacen la reserva de ley del artículo 23.2 CE en lo referente al acceso a la función pública en dichos órganos. Ello depende en buena medida de la naturaleza de dichos Reglamentos. Así, los Reglamentos de las Cámaras Legislativas son auténticas normas con rango de Ley, derivadas de su autonomía como Poder Legislativo.

En cuanto al Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional, puede entenderse que el fundamento de su potestad normativa se encuentra en garantizar su autonomía como tal, si bien su fundamento no es constitucional, sino legal. En todo caso, dado que el artículo 96 LOTC establece las categorías de funcionarios al servicio del Tribunal Constitucional, indicando que se rige por lo establecido en la propia LOTC y en Reglamento de desarrollo, entiende PULIDO QUECEDO³⁶³ que la reserva de ley queda satisfecha. Ahora bien, el problema se planteó con la regulación por dicho Reglamento de una vía de acceso a la categoría de Letrado del Tribunal Constitucional, que *prima facie* era distinta de la prevista en el artículo 97 LOTC. En efecto, el artículo 97³⁶⁴ preveía el concurso-oposición, mientras que el artículo 44 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional añadía que “también podrán ser adscritos temporalmente al Tribunal, en calidad de Letrados, de acuerdo con las normas de este Reglamento, funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal y otros funcionarios

³⁶³ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 112.

³⁶⁴ El citado artículo 97 LOTC disponía que “Uno. El Tribunal Constitucional estará asistido por un cuerpo de letrados constituido por medio de concurso-oposición, que se ajustará a las normas que establezca el Reglamento del Tribunal. Dos. En su caso, los nombrados quedarán en su carrera de origen en situación de supernumerarios por todo el tiempo en que presten sus servicios en el Tribunal Constitucional. Tres. El concurso se ajustará a las normas que establezca el Reglamento del Tribunal, valorándose especialmente la especialización en Derecho público de los aspirantes”.

públicos pertenecientes a Cuerpos o Escalas para ingresar en los cuales se exija la licenciatura en Derecho”.³⁶⁵

PULIDO QUECEDO admite que la regulación en dicho Reglamento no vulnera la reserva de ley porque “en el supuesto examinado existen perfiles que no permiten hablar de acceso a la función pública en términos análogos a los que se refiere el artículo 103.3 CE”, porque “no se trata de acceder a la función pública *stricto sensu* habida cuenta de que ni de ingresar o acceder en el complejo orgánico Administración se trata ni tampoco el de acceder o ingresar en un Cuerpo determinado por vía de integración o de incorporación directa al margen del sistema ordinario de acceso establecido. Se trata de un sistema de incorporación que encuentra su fundamento en las Leyes 30/1984 y Ley Orgánica del Poder Judicial y que el Tribunal Constitucional en virtud de su potestad de formación autónoma ha configurado”.³⁶⁶

Por su parte, el Tribunal Supremo resolvió en las sentencias de 21 de enero y 24 de junio de 2002 sendos recursos por los que se reclamaba la convocatoria de las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional que se hallaban cubiertas por libre designación o designación temporal. El Tribunal Supremo apreció que el citado artículo 44 del Reglamento no vulneraba el artículo 97.1 LOTC, “ya que el sistema de designar Letrados del Tribunal Constitucional, por medio de concurso-oposición (...) es compatible con el sistema de cobertura de plazas de Letrado por vía de adscripción temporal, a la que se refiere el artículo 44.1 del Reglamento de Organización y Personal”.

Sin embargo, dichas sentencias se basan en que la sentencia encontraba el apoyo legal de dicha previsión reglamentaria en el artículo 29 de la Ley 30/1984, que ordena que los funcionarios pasen a la situación de servicios especiales cuando sean adscritos a los servicios del Tribunal Constitucional, pero este precepto no tenía en realidad por objeto regular la adscripción a dicho Tribunal, sino solamente las consecuencias de dicha adscripción para aquéllos que ya eran funcionarios. Por tanto, el precepto aplicable era el artículo 97 LOTC, que exigía que los Letrados se proveyeran por concurso-oposición.³⁶⁷

Además, el Tribunal Supremo señaló que “del artículo 97.1 de la LOTC no resulta la necesidad legal directa de que «todas» las plazas deban cubrirse por el sistema del concurso-oposición, y, en este punto, interesa subrayar que la independencia del Tribunal Constitucional con relación a los demás órganos constitucionales (...), se ve robustecida con la autonomía reglamentaria,

³⁶⁵ Añadiendo que “de conformidad con lo dispuesto en el artículo 29.2, e), de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y en el artículo 351, c), de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los funcionarios adscritos al Tribunal Constitucional en calidad de Letrados pasarán a la situación administrativa de servicios especiales”.

³⁶⁶ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 116.

³⁶⁷ Así lo entiende el Voto particular a la STS de 24 de junio de 2002 emitido por los Magistrados Ramón Trillo Torres y Nicolás Maurandi Guillén.

administrativa y financiera de que se encuentra dotado (...), al tratarse de una potestad reglamentaria, administrativa y de organización interna, basada en la autodeterminación normativa del Tribunal, (...), que actúa sus facultades como un órgano constitucional en ejercicio de potestades de autoorganización que le son propias, sobre todo en un específico ámbito referido al personal, en el que son más sensibles y necesarias previsiones propias para la adecuada atención del servicio que se le encomienda (como también recoge el artículo 102 de la Ley Orgánica 2/1979) y que forzosamente deben responder a criterios propios de la Administración”.

No puede compartirse aquí esta reflexión, porque la potestad de autoorganización no implica el derecho a fijar cómo han de ser cubiertas las plazas, ni en qué plazo máximo han de ser convocados los procesos selectivos que procedan. Estas cuestiones atañen directamente al derecho de los artículos 14 y 23.2 CE, y deben venir reguladas por la legislación vigente, no quedar a voluntad de ninguna autoridad concreta. La autoorganización implica diseñar la estructura de puestos de trabajo y decidir sobre la necesidad de cubrir plazas, pero en el bien entendido de que serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente. Además, el Tribunal Supremo señaló que “del artículo 97.1 de la LOTC no resulta la necesidad legal directa de que «todas» las plazas deban cubrirse por el sistema del concurso-oposición, y, en este punto, interesa subrayar que la independencia del Tribunal Constitucional con relación a los demás órganos constitucionales (...), se ve robustecida con la autonomía reglamentaria, administrativa y financiera de que se encuentra dotado (...), al tratarse de una potestad reglamentaria, administrativa y de organización interna, basada en la autodeterminación normativa del Tribunal, (...), que actúa sus facultades como un órgano constitucional en ejercicio de potestades de autoorganización que le son propias, sobre todo en un específico ámbito referido al personal, en el que son más sensibles y necesarias previsiones propias para la adecuada atención del servicio que se le encomienda (como también recoge el artículo 102 de la Ley Orgánica 2/1979) y que forzosamente deben responder a criterios propios de la Administración”.

En cuanto se refiere a los reglamentos que dicta el Consejo General del Poder Judicial, que tienen naturaleza reglamentaria, es claro que se trata de una potestad organizativa o *ad intra*, que no puede implicar la regulación de las situaciones, derechos, deberes y, en general, status, de los jueces y magistrados (tal como señaló la STC 108/1986).

4.3.- Regulación por ley orgánica

Dado que el artículo 81.1 CE establece que se regulará por ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, siendo uno de ellos el reconocido en el artículo 23.2 CE, surge la duda del papel de la ley

orgánica respecto de este derecho. Al respecto, hubo un proyecto de Ley Orgánica del Gobierno de la Administración del Estado y de la Función Pública de 1980, en cuya elaboración una de las cuestiones más debatidas fue su pretendido rango de ley orgánica.³⁶⁸ La elección de este tipo de ley pretendía evitar que los futuros cambios de poder que pudieran producirse afectaran a lo esencial de esta materia. Además, también estaba presente la necesidad de poner fin a la técnica habitual de utilizar la ley de Presupuestos Generales del Estado para reformar materias que debían regularse por leyes ordinarias.³⁶⁹

En relación con esta cuestión, la doctrina del Tribunal Constitucional ha distinguido entre cargos públicos representativos y no representativos: para los primeros exige ley orgánica, pero para los segundos solamente ley ordinaria.³⁷⁰ Así, la STC 47/1990 concluye que no es preciso que los requisitos del acceso a los cargos y funciones públicas no representativos se regule por ley orgánica e indica que “por ejemplo, los requisitos para acceder a cargos electivos de representación política, a través de procesos electorales generales, debe regularse mediante Ley Orgánica, no porque esta exigencia se deduzca expresamente del artículo 23.2 de la Constitución, sino porque deriva manifiestamente del artículo 81.1, de igual manera que la designación de los miembros de las Mesas de las Cámaras Legislativas ha de regularse en los Reglamentos de las mismas, o el acceso a la función pública de las Cortes Generales en el Estatuto de Personal a que se refiere el artículo 72.1 de la Constitución”. Parece que, al referirse el Tribunal Constitucional al artículo 81.1 CE, está pensando más en la referencia de este artículo al “*régimen electoral general*”, que, lógicamente, no incluye los cargos no representativos. Pero este artículo 81.1 CE también se refiere al “*desarrollo de los derechos y libertades públicas*”.

Añade esta sentencia que, en lo que atañe al acceso a cargos y funciones en la Administración Pública, la remisión a las leyes que efectúa el artículo 23.2 CE debe ponerse en relación con lo que al respecto se establece en el artículo 103.3 CE, según el cual “*la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública*”, de manera que no se refiere expresamente a la ley orgánica, sino solamente a la ley ordinaria. Sin embargo, en la Constitución hay otros casos en los que, en sede de derechos fundamentales, se alude a la ley en sentido general (como es el caso del procedimiento de habeas corpus), pero, al tratarse de derechos fundamentales, queda claro en el artículo 81.1 CE que ha de tratarse de ley orgánica. Por tanto, lo que determina que el derecho de igualdad en el acceso a los cargos y funciones públicas no representativas se regule en leyes que no son orgánicas, no es el hecho de que el artículo 103.3 CE utilice el término ley (y no el

³⁶⁸ También a favor de la regulación por ley orgánica puede citarse BAENA DEL ALCÁZAR, M., “Comentario al artículo 103 de la Constitución”, en AA.VV., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, T. VIII, Edersa, Madrid, 1985, pg. 282.

³⁶⁹ ALBALADEJO CAMPOY, M.A., “Pasado, presente y futuro de la función pública”, *Cuadernos económicos ICE*, nº. 13, Madrid, 1980, pg. 21.

³⁷⁰ PULIDO QUECEDO, M., “Algunas consideraciones...”, op.cit., pg. 177.

término ley orgánica), porque hay otros casos (como el citado procedimiento de habeas corpus) en que la Constitución usa el término ley, siendo el artículo 81.1 CE el que exige la ley orgánica.

La cuestión ha sido analizada también en la STC 99/1987, en la que se estudia la constitucionalidad del artículo 19.1 y 2 de la Ley 30/1984, referido a la selección del personal. Concretamente, los recurrentes consideraban que dicho artículo infringía el artículo 23.2 de la CE, entendiéndose que la materia de la selección del personal funcionario debía ser contenido propio de una ley orgánica. El Tribunal Constitucional concluyó, sin embargo, lo siguiente:

“La cita del artículo 23.2 de la CE parece indicar que es el principio de igualdad el que está en juego, pero de la lectura de los preceptos impugnados no puede inferirse que ello ocurra así. El artículo 19.1 no implica desarrollo del artículo 23.2 de la CE, sino que se limita, en aplicación del artículo 103.3 CE, a reiterar y repetir los presupuestos -entre ellos la igualdad- para el acceso a la Función Pública, estableciendo al tiempo requisitos comunes para los procedimientos de selección del personal. La referencia que en él se hace al principio de igualdad se queda en eso, sin que la finalidad de la norma sea su desarrollo. No hay justificación, pues para que pueda argumentarse que debiera estar integrado en Ley Orgánica, (...) como no la hay tampoco respecto del nº. 2 del mismo artículo 19, relativo a los órganos de selección del personal, materia más claramente todavía no amparada por el artículo 23.2 de la Constitución, sino propia de otro tipo de normas, que pueden establecer las garantías como la aquí cuestionada, suficientes para asegurar el principio de igualdad por derivación genérica del mandato constitucional”.

Esta argumentación da a entender, pues, que establecer que los criterios de acceso al empleo público son la igualdad, el mérito, la capacidad y la publicidad, no constituye desarrollo legal de dicho derecho. Asimismo, las reglas esenciales de formación de los órganos de selección tampoco son consideradas en dicha STC como desarrollo legal de dicho derecho. Esta conclusión no puede ser considerada correcta, por cuanto, como se verá a lo largo de la presente tesis doctoral, el derecho de igualdad en el acceso al empleo público implica una serie de reglas sustantivas y de procedimiento que afectan también a los órganos de selección.

Y es que aquel razonamiento permitiría también entender que la regla de especialización e imparcialidad de los miembros de los órganos de selección no forma parte del contenido de dicho derecho fundamental, lo cual no tiene ningún sentido. En definitiva, parece que lo que realmente excluye la ley orgánica, a juicio del Tribunal Constitucional, es el hecho de entender que, en el caso del derecho de acceso a los cargos y funciones públicas no representativas, no hay un contenido sustantivo que desarrollar, sino que se trata solamente del derecho a recibir un trato igual; es decir, que lo que el artículo 23.2 CE reconoce es el derecho a que las normas que regulen el acceso respeten la igualdad.

Sin embargo, como se ha expuesto, si el derecho del artículo 23.2 CE implica el derecho a un trato igual y no discriminatorio, de esta exigencia se derivan una serie de garantías procedimentales (procedimiento selectivo con publicidad y transparencia, órganos selectivos imparciales y técnicos, etc.) sin cuya existencia no podría existir dicha igualdad. Y precisamente el artículo 19 de la Ley 30/1984 establecía parte de estas garantías, por lo que, en consecuencia, estaba desarrollando el derecho fundamental citado. Y, dado que tales procedimientos y requisitos son precisamente el contenido de este derecho fundamental, estas garantías mínimas deberían ser reguladas al menos en lo esencial por ley orgánica, pues así resulta del artículo 81.1 CE, que establece claramente que se regula por ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. En todo caso, no ha sido ésta tampoco la posición del legislador estatal, que ha regulado en una ley ordinaria, el Estatuto Básico del Empleado Público, los aspectos sobre acceso al empleo público.

En la doctrina, PULIDO QUECEDO ha entendido que “la exigencia de reserva de ley que se desprende del inciso final del artículo 23.2 CE no constituye, en términos ineluctables, una reserva de ley orgánica. La propia configuración del derecho como de naturaleza no sustantivo exige que sólo aquellos cargos de naturaleza representativa (artículo 81.1 CE) deben ostentar tal carácter. No así, en términos generales, los denominados cargos no representativos, cuya regulación facilitadora del acceso a las funciones públicas en términos de legislación orgánica no viene exigido por el artículo 103.3 CE”.³⁷¹ No se comprenden bien estos razonamientos. En primer lugar, el carácter no sustantivo del derecho, nada tiene que ver con que la ley reguladora haya de ser ordinaria u orgánica. Y, en segundo lugar, el hecho de que el artículo 103.3 CE exija reserva de ley para regular el estatuto del personal funcionario no afecta en nada a la cuestión, ya que la reserva de ley de dicho artículo 103 tiene por objeto el estatuto funcional, no el desarrollo de un derecho fundamental, de manera que no altera el hecho de que el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos es un derecho fundamental, y por tanto, sujeto a reserva de ley orgánica conforme el artículo 81 CE.

En cambio, refiriéndose a los cargos públicos representativos, la STC 26/2004 señalaba que “la Administración electoral es, en efecto –dijimos–, uno de los ejes sobre los que se articula nuestro sistema electoral (...) que tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad (artículo 8 LOREG). Dicha finalidad, de indudable relieve constitucional, permite comprender la reserva de Ley orgánica que rige muy intensamente en materia de procedimiento electoral (...) y que las normas que regulan la composición de las distintas Juntas Electorales (artículos 9-11 LOREG) se separen manifiestamente de lo que es ordinario de los órganos correspondientes a la Administración General del Estado”.

³⁷¹ PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 510.

Pues bien, esa misma finalidad de transparencia e igualdad rige también en el acceso a los cargos públicos no representativos, que también es un derecho fundamental. Es posible que no toda su regulación deba tener carácter orgánico, pero desde luego, es claro que la finalidad de esta regulación es también la de garantizar la transparencia y objetividad del proceso selectivo y el principio de igualdad. Y, por tanto, ello impone también la adopción por el legislador de una serie de cautelas que aseguren tal finalidad, y que afectan, entre otros aspectos, a la composición de los órganos de selección, cuyas normas también deberían separarse de lo que es ordinario de los órganos administrativos. Estas cautelas y garantías, en el nivel más elemental, han de ser reguladas por ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81 CE.

4.4.- La legislación básica

Según el artículo 149.1.18ª CE, el Estado ostenta la competencia exclusiva para determinar las bases del régimen estatutario de los funcionarios, así como las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, garantizando, en todo caso, a los administrados un tratamiento común ante ellas.³⁷² La reserva de la legislación básica al Estado en materia de función pública obedece a varios principios constitucionales, siendo uno de sus principales motivos asegurar una sustancial igualdad en las condiciones de empleo, si cabe más necesario en el ámbito del acceso al empleo público, así como también existen motivos relacionados con el gasto público y la movilidad interadministrativa de los funcionarios.³⁷³

El gran problema que plantea el concepto de legislación básica es precisamente definir qué es lo básico. Las bases consisten en un mínimo común denominador que debe dejar espacio a las Comunidades Autónomas para dictar la legislación de desarrollo. Pero se trata de un concepto indeterminado, que necesitará una interpretación en cada caso concreto.

Al respecto, la STC 1/2003 indica que, en relación con “el régimen estatutario de los funcionarios públicos”, corresponde al Estado, en virtud del artículo 149.1.18 CE, fijar el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la

³⁷² La doctrina viene entendiendo que la expresión “régimen estatutario de los funcionarios” del artículo 149.1.18 CE tiene el mismo significado que la expresión “estatuto de los funcionarios públicos” del artículo 103.3. (En este sentido, PALLARÉS MORENO, M., “Bases y desarrollo autonómico del régimen estatutario de los funcionarios públicos”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 99.

³⁷³ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 77.

constitucionalidad que establecen la distribución de competencias³⁷⁴, es decir, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional³⁷⁵, dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales.³⁷⁶ Pero esa regulación básica debe permitir que cada Comunidad Autónoma introduzca en persecución de sus propios intereses las peculiaridades que estime pertinentes dentro del marco competencial constitucional.³⁷⁷

Lo que está claro es que, aunque la determinación de lo básico implica un cierto ámbito de discrecionalidad por parte del legislador estatal, éste no es libre totalmente para atribuir el carácter de básico a cualquier ámbito, sino que, como viene señalando el Tribunal Constitucional, es necesario que la norma calificada como básica tenga materialmente ese carácter, es decir, que represente lo esencial de una materia. Las bases no pueden ser de tal extensión que dejen sin contenido las competencias normativas autonómicas (SSTC 32/1981, 1/1982, 147/1991 y 50/1999). Aunque según MARTÍN REBOLLO³⁷⁸ ello no significa limitar exclusivamente las bases a regulaciones abstractas o de meros principios, sino que es posible que las bases regulen un aspecto si es necesario para asegurar un mínimo común normativo homogéneo de ámbito nacional.

Dentro del respeto a estos condicionantes, la STC 1/2003 reitera³⁷⁹ que el legislador estatal goza “de una completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia (...) sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un Juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad”. Concluye esta sentencia que le está vedado al Tribunal Constitucional “ampliar el alcance y contenido de lo definido inicialmente como básico por el legislador”. Da la impresión, por tanto, de que el Tribunal Constitucional no analiza la falta de legislación básica, sino su exceso.

Como criterios orientativos sobre lo que puede ser considerado como básico, pueden destacarse, entre otras, las SSTC 50/1999 y 1/2003, que concluyen que el alcance de la legislación básica es menor en las cuestiones referidas a organización y funcionamiento interno de los órganos de las Administraciones Públicas, mientras que será más amplio en aquellas materias que tienen proyección exterior, por afectar a la esfera de los derechos e intereses de los administrados.

³⁷⁴ STC 48/1988.

³⁷⁵ STC 147/1991.

³⁷⁶ STC 1/1982.

³⁷⁷ SSTC 1/1982, 44/1982, 69/1988 y 37/2002.

³⁷⁸ MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado”, *RAP*, nº. 174, 2008, pg. 462.

³⁷⁹ También en la STC 37/2002.

En esta línea, PAREJO ALFONSO³⁸⁰ señala que el título competencial de las Comunidades Autónomas es complejo, ya que éstas, cuando regulan la Función Pública, también están ejerciendo su competencia de autoorganización, y, cuando regulan la Función Pública local, cuentan también con el título competencial que habitualmente les atribuyen sus Estatutos de Autonomía sobre régimen local, encontrando en este caso también un límite que no proviene de las competencias estatales exclusivas, sino de la autonomía local, pues las Administraciones Locales también gozan de la potestad de autoorganización.

Sin embargo, ORTEGA ÁLVAREZ³⁸¹ señala que no deben confundirse, por un lado, el sistema institucional y la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas y, por otro lado, la Función Pública. También MARTÍN REBOLLO³⁸² distingue entre la regulación de la relación de servicio de los funcionarios y la regulación de los aspectos esenciales de la organización administrativa, concluyendo que en el primer aspecto la jurisprudencia constitucional ha permitido una regulación más agotadora de las bases, en aspectos como la adquisición y pérdida de la condición de funcionario.

Pero además las materias que constituyen el núcleo de la relación estatutaria funcional están directamente vinculadas con el artículo 23.2 CE³⁸³, por lo que su regulación, en los aspectos esenciales, es objeto de la legislación estatal en base a dos títulos: a) ser regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de un derecho fundamental (149.1.1ª CE), y b) ser regulación básica del estatuto funcional (artículo 149.1.18ª CE).

Algunos autores, como MARTÍN MORENO³⁸⁴, consideran que la diversidad de soluciones producida por la regulación de la función pública dictada por las distintas Comunidades Autónomas es difícilmente admisible en un aspecto clave como la regulación de los sistemas de selección para adquirir la condición de funcionarios y los sistemas de provisión de puestos. Sin embargo, otros autores como SÁNCHEZ MORÓN entienden que, a la vista del intenso proceso de descentralización que ha tenido lugar en nuestro país, ya no tiene sentido postular una extensa y uniforme legislación básica en materia de empleo público. Así, entiende que “lo que las normas básicas pueden y deben regular es lo que sea

³⁸⁰ PAREJO ALFONSO, L., “Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *El Estatuto de la función pública a debate*, Colex, Madrid, 2003, pg. 35 y ss.

³⁸¹ ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Introducción”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, pg. 26.

³⁸² MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público...”, op.cit., pg. 462.

³⁸³ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 35, y GARCÍA RUIZ, J.L., “El marco constitucional de la Función Pública y el Estado Autonomático”, *REDC*, nº. 55, 1999, pg. 78 y ss.

³⁸⁴ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 35.

necesario para satisfacer el interés general del Estado, sin inmiscuirse en cuestiones de mero interés autonómico o local que sólo de forma indirecta, lejana o circunstancial puedan afectar a dicho interés”. Aunque reconoce que fijar a priori cuál es el interés general que concurre en la regulación de la función pública no es fácil, si bien forman parte del mismo “las garantías de una igualdad sustancial”.³⁸⁵

Por su parte, la STC 37/2002 señaló que dentro de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos se incluyen “en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas”.

En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y la doctrina³⁸⁶, la adquisición de la condición de funcionario forma parte del estatuto de la función pública y, por tanto, debe contar con legislación básica. Es más, como indica GARCÍA RUIZ³⁸⁷, dentro de las distintas materias que han de formar parte del estatuto funcionarial, constituye el núcleo esencial la regulación del modo de ocupar los cargos públicos, por ser una cuestión afectada por el derecho fundamental del artículo 23.2 CE (y 14 CE).

Como criterio orientador también puede citarse el Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998, donde se señaló que “las reglas sobre selección forman parte incuestionable del régimen estatutario de los funcionarios públicos y el establecimiento de bases comunes al respecto es necesario por imperativo del artículo 149.1. 18ª de la Constitución, ya que el “sistema” de Función Pública en el conjunto del Estado estaría abocado a la desintegración si, para las distintas Administraciones, se pudieran establecer esquemas de selección de naturaleza absolutamente dispar. En este sentido, la regulación básica es esencial para garantizar el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución”.

Ahora bien, aún estando claros qué puntos pueden e incluso deben ser objeto de legislación básica, la cuestión realmente difícil es determinar con qué intensidad debe dictarse dicha legislación básica, es decir, con qué grado de

³⁸⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 71.

³⁸⁶ SAINZ MORENO, F., “El estatuto de la función pública después de la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la Ley 23/1988”, *RAP* nº. 117, 1988, pg. 321 y ss.

³⁸⁷ GARCÍA RUIZ, J.L., “El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 101.

detalle. A este respecto, la determinación de los extremos que son básicos tiene un “componente político”, de manera que el Estado en cualquier momento puede cambiar su concepto de lo básico en función de criterios de oportunidad.³⁸⁸ Por su parte, la STC 85/1983 analizó la extensión de la legislación básica en lo referente a la regulación de la composición de los órganos de selección y de la publicidad de las convocatorias en el ámbito local³⁸⁹, indicando lo siguiente:

- En cuanto a la publicidad, señaló que “la publicación es algo esencial a la convocatoria y que ha de ser lo suficientemente eficaz para que se cumplan los principios y fines del procedimiento de selección de los que van a integrarse en los cuadros de la Administración, y, en definitiva, desde la perspectiva de los aspirantes al empleo público, el servir al acceso en condiciones de igualdad a la función pública, derecho este incluido en el catálogo de los derechos fundamentales (artículo 23.2 de la C. E.) y, desde el lado de la Administración, el satisfacer el interés público facilitando la mayor concurrencia de aspirantes (...) pero dentro de estos criterios la instrumentación no es necesariamente única, como, por lo demás, revela la propia reglamentación cuestionada, en la que junto a la doble publicación (en el «Boletín Oficial de la Provincia» y en el «Boletín Oficial del Estado») se establece la publicación única (...), y aún (...) una publicación alternativa. (...) la instrumentación única de una publicidad que como modelo uniforme y general se imponga a todas las administraciones agotaría, por lo demás, una parcela (...) en la que, en principio, concurren competencias normativas del Estado y del País Vasco”.

- En cuanto a la concreta composición de los órganos de selección, la citada sentencia señaló que de la aplicación del artículo 103 CE a todas las Administraciones Públicas “no puede colegirse -pues no es ésta la misión del precepto- que sus exigencias (o las de los otros preceptos) comportan un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras o un determinado sistema de publicación. Será preciso que el régimen de tales comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre sin ceder a consideraciones externas y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora y con la adecuada presencia local, mas dentro de estas coordenadas cabe más de una respuesta a la hora de reglamentar la composición de las Comisiones a las que se encomienda un papel principal en el procedimiento de ingreso en la función pública”.

³⁸⁸ PÉREZ LUQUE, A., *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo en las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2005, pg. 271 y ss. Ver también PAREJO ALFONSO, L., “Límites...”, op.cit., pg. 39, LÓPEZ GUERRA, L., “Técnica legislativa y legislación estatal con incidencia en las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *El funcionamiento del Estado Autonomico*, MAP, Madrid, 1996, pg. 539, e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 239.

³⁸⁹ Concretamente, concluye que el Real Decreto 712/1982, de 2 de Abril, sobre el procedimiento para el ingreso en la Función Pública Local (cuyo artículo 4 determina la composición de los tribunales calificadoros, afirmando el carácter técnico administrativo de tales Comisiones, y fijando una determinada composición), no constituye legislación básica.

Por tanto, a la vista de esta sentencia, cabe concluir que el Tribunal Constitucional postula que la legislación básica alcanza al establecimiento de los principios sobre acceso al empleo público, pero que la instrumentación concreta de estos principios corresponde a las Comunidades Autónomas. Debe destacarse, en todo caso, que el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, con suficiente publicidad, no queda suficientemente garantizado cuando cada Administración tiene un distinto sistema de publicidad. Incluso en el caso de que la convocatoria y las bases reguladoras se publiquen en boletines oficiales, el ciudadano queda avocado a consultar continuamente (diariamente) numerosos boletines, lo cual no resulta viable. Una legislación básica que garantice el derecho fundamental del que tratamos, debería establecer un sistema unificado de publicación, y además mediante las nuevas tecnologías de la información, como se expone en el Capítulo 7 del presente trabajo.

Hemos de analizar también cómo interpretó el legislador estatal la cuestión de la intensidad de la legislación básica. Al respecto, Ley 30/1984, declaró básicos preceptos sobre selección de personal (artículo 19.1 y 3), provisión de puestos (artículo 20.1.a), b), párrafo primero, c), e), g) en sus párrafos primero a cuarto, e i); 2 y 3) y promoción profesional (artículo 21). Concretamente, el artículo 19 disponía en sus apartados 1 y 3 lo siguiente:

“1. Las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, de acuerdo con su Oferta de empleo público, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad.

Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo que se hayan de desempeñar incluyendo a tal efecto las pruebas prácticas que sean precisas.

En las convocatorias para acceso a la función pública, las Administraciones Públicas en el respectivo ámbito de sus competencias deberán prever la selección de funcionarios debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.

3. Corresponde al Instituto Nacional de Administración Pública la coordinación, control y, en su caso, la realización de los cursos de selección, formación y perfeccionamiento de los funcionarios de la Administración del Estado, así como las funciones de colaboración y cooperación con los Centros que tengan atribuidas dichas competencias en las restantes Administraciones Públicas”.

Sin embargo, no declaró básico el apartado 2, que trataba de la composición de los órganos de selección, que resultaba, por tanto, directamente aplicable sólo a la Administración General del Estado, y que disponía que “el Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y

salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”. Al respecto, ILDEFONSO HUERTAS ha señalado que la no caracterización como básico del citado artículo 19.2 puede deberse a que el legislador consideró que era suficiente con establecer que los procesos selectivos deben regirse por una serie de principios, pero que no era necesario especificar más allá, pero el legislador estatal “cuidó el derecho aplicable, pero descuidó de los llamados a aplicarlo”.³⁹⁰

En cuanto se refiere al Estatuto Básico del Empleado Público, que actualmente contiene el grosso de la normativa básica sobre empleo público, la doctrina viene señalando que ha reducido la extensión de la legislación básica en esta materia, debido a las circunstancias y al contexto actual. Así, SÁNCHEZ MORÓN³⁹¹ indica que debe tenerse en cuenta que la tradicional organización en grandes Cuerpos de funcionarios ha desaparecido, que más del 50% del empleo público reside en las Comunidades Autónomas, que el personal docente y sanitario tienen sus peculiaridades, que el personal de las Administraciones locales se caracteriza por un intensa laboralización y una estructura muy heterogénea, y que se ha generalizado la creación de personificaciones, tanto de Derecho Público como de Derecho Privado (fundaciones, sociedades mercantiles, etc.), todo lo cual, a juicio de dicho autor, acaba impidiendo al legislador básico imponer un modelo único, procediendo el establecimiento de unos principios comunes.

Y, a este respecto, existe el riesgo de que aumenten las peculiaridades de los modelos autonómicos de empleo público, en perjuicio del modelo global, que exige la existencia de un conjunto coordinado y colaborativo de Administraciones, e incluso existe el grave riesgo de que se produzca una “compartimentación territorializada de las carreras administrativas de los empleados públicos”, lo cual iría en contra del principio constitucional de igualdad y de la propia calidad del servicio público.³⁹²

Pero la reducción de la extensión de la legislación básica en el EBEP tiene además importantes condicionamientos políticos, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos de esta ley, que alega dos motivos para la reducción de su extensión: uno político, consistente en la profunda descentralización a favor de las Comunidades Autónomas operada en nuestro país, de donde se deriva la exigencia de que cada Administración pueda configurar su propia política de personal y su particular modelo de Función Pública, y otro motivo, de carácter técnico, que es permitir regulaciones sectoriales diferenciadas, de acuerdo con la diversidad de formas de gestión de servicios y actividades públicos.

³⁹⁰ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 241.

³⁹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 32 y ss.

³⁹² ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Introducción”, op.cit., pg. 24.

Al respecto, señala MARTÍN REBOLLO³⁹³ que el EBEP, en lo tocante a los aspectos esenciales de la organización administrativa (estructuración del empleo público), se retrae mucho en su extensión normativa, mientras que en lo tocante a la relación de servicios sí intensifica más la legislación básica. En este contexto, el EBEP reduce la extensión de la legislación básica sobre función pública al relacionar la normativa sobre esta materia con la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas sobre sus instituciones de autogobierno.³⁹⁴

Como indica MARTÍN REBOLLO³⁹⁵, la polémica sobre la relación entre legislación básica estatal y legislación autonómica se reflejó también durante el proceso de elaboración del EBEP, en cuyo seno partidos nacionalistas e independentistas acusaron al Proyecto de EBEP de invadir las competencias asumidas en materia de función pública por el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña. Esto dio lugar a la Disposición Final Segunda del EBEP, que ha establecido que *“las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”*.

Esta Disposición Final ha sido considerada por SÁNCHEZ MORÓN³⁹⁶ como “sorprendente y de escaso o nulo valor”, siendo una “cláusula de exclusivo significado político, destinada a dar satisfacción moral o formal o a vencer las resistencias al pacto de algún o algunos grupos minoritarios de la Cámara”, puesto que corresponde al Tribunal Constitucional determinar si una ley básica lesiona o no el ámbito competencial de una Comunidad Autónoma.³⁹⁷

Por su parte, MARTÍN REBOLLO³⁹⁸ indica que “el EBEP excepciona su aplicación en aquellas Comunidades Autónomas que hubieren asumido competencias exclusivas en materia de Función Pública, con lo que primaría el

³⁹³ MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público...”, op.cit. pg. 465.

³⁹⁴ QUINTANA LÓPEZ, T., en AA.VV., *Derecho Público de Castilla y León*, Dir. SÁEZ HIDALGO, I., Lex Nova, Valladolid, 2008, pg. 484.

³⁹⁵ MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público...”, op.cit., pg. 471.

³⁹⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 32 y ss.

³⁹⁷ Sobre la competencia autonómica y la legislación básica en materia de régimen local puede verse también CASTILLO BLANCO, F.A., “El Estatuto básico del empleado público: ¿Hasta dónde llegan las bases?”, en AA.VV., *III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, 2008, EMBID IRUJO, A., “Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas”, *REDA*, nº.137, 2008, JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Marco competencial...”, op.cit., ORTEGA ÁLVAREZ, L., “La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto básico del empleo público”, *III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, 2008, y PALOMAR OLMEDA, A., “La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración y, especialmente, de la Administración local”, *REL*, nº. 112, 2008.

³⁹⁸ MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público...”, op.cit., pg. 472.

Derecho autonómico sobre el Derecho estatal básico en aquellos extremos que éste fuera contrario a aquél. Cabría preguntarse si la legislación básica puede hacer tal cosa”.

La cuestión no es baladí, porque, como señala este autor, el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006, estableció lo siguiente:

- En su artículo 111 disponía que *“en las materias que el Estatuto atribuye a la Generalitat de forma compartida con el Estado, corresponden a la Generalitat la potestad legislativa, la potestad reglamentaria y la función ejecutiva, en el marco de las bases que fije el Estado como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”*.

- En su artículo 136 establece que *“corresponde a la Generalitat, en materia de función pública, respetando el principio de autonomía local:*

a. La competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y la organización de la función pública, salvo lo dispuesto en la letra b).

b. La competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

c. La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal”. En su artículo 136.1.b) ha asumido *“competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas”*

Del tenor literal de la letra b podría quizás entenderse que la legislación básica, en esta Comunidad Autónoma, se limitaría solamente a estos aspectos citados (principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, deberes e incompatibilidades del personal).

No obstante, debe destacarse que esta Ley Orgánica fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad por entenderse que vulneraba el artículo 149.1.18ª CE sobre legislación básica del Estado, que fue resuelto por la STC 31/2010, la cual concluyó lo siguiente:

- La expresión *“como principios o mínimo común normativo en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución y el presente Estatuto”* es inconstitucional, porque la legislación

básica puede contenerse en normas reglamentarias y que “si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto”.

- El hecho de que la letra b) del artículo 136 EAC que atribuye a la Generalitat la competencia compartida sobre algunos aspectos del régimen estatutario de los funcionarios públicos omita algún aspecto esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como son la carrera administrativa y el régimen disciplinario, no implica que se esté negando la competencia estatal sobre la legislación básica respecto de estos aspectos omitidos, pues los mismos se comprenden dentro de dicha competencia compartida a través de los enunciados más generales, de “derechos y deberes de los funcionarios”, que contiene dicho artículo 136.b), por lo que el mismo no es inconstitucional.

- Por su parte, dado que la letra a) del artículo 136 atribuye a Cataluña la competencia exclusiva excepto en las materias de la letra b), y ésta se ha visto que no limita la competencia estatal sobre la legislación básica, dicho artículo 136.a) tampoco es inconstitucional.

Por tanto, de acuerdo con la citada sentencia del Tribunal Constitucional, tras la promulgación del Estatuto de Autonomía de Cataluña, la competencia estatal sobre la legislación básica en materia de función pública recae sobre los mismos aspectos que ya declaró la STC 37/2002.³⁹⁹

El Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía) parece más cauto, ya que no define las materias objeto de legislación básica, sino que establece lo siguiente, en su artículo 76:

“1. En materia de función pública corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

2. Corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de función pública y personal al servicio de la Administración, respetando el principio de autonomía local:

a. La competencia exclusiva sobre la planificación, organización general, la formación y la acción social de su función pública en todos los sectores materiales de prestación de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma.

b. La competencia compartida sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las Administraciones andaluzas.

³⁹⁹ Adquisición y pérdida de la condición de funcionario, condiciones de promoción de la carrera administrativa y situaciones que en ésta puedan darse, derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y régimen disciplinario, así como creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas.

c. *La competencia exclusiva, en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de este personal*".

Por tanto, parece reproducir el esquema constitucional sobre la competencia normativa en materia de función pública.

En todo caso, entiende FONDEVILA ANTOLÍN⁴⁰⁰ que la nueva regulación básica del EBEP ha respetado el núcleo básico de la legislación básica anterior (que venía constituida las leyes 30/1984, 53/1984 y 9/1987), de modo que no ha habido un proceso de desregulación o reducción del contenido básico. Es más, si por núcleo básico entendemos el contenido de la anterior Ley 30/1984, el mismo ha sido incluso ampliado, en aspectos tales como los órganos de selección, que ahora son expresamente regulados con carácter básico.

Otra cosa es que entendamos que la legislación básica del EBEP sobre acceso al empleo público es suficiente para garantizar efectivamente la vigencia de los principios de mérito y capacidad. A este respecto, no es suficiente con establecer principios y previsiones generales, sino que éstos necesitan de unos mecanismos y previsiones concretas que aseguren su vigencia efectiva.⁴⁰¹ Por tanto, la legislación básica debe regular, al menos en lo imprescindible, estos mecanismos concretos, sin que ello implique que se agote la regulación sobre la materia, impidiendo a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia de desarrollo legislativo. Y ello porque, en determinados mecanismos, no hay tantas opciones de instrumentación como indicaba el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia 85/1983.

De todas formas, debe indicarse que, aunque se concluya que estos mecanismos concretos exceden del contenido propio de la legislación básica, lo cierto es que forman parte del contenido esencial del derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, por lo que deben ser objeto de regulación por la ley, ya sea una ley estatal básica, o una ley autonómica. Aunque, en todo caso, atendida la realidad de los procesos selectivos en nuestro país, hubiera sido más adecuado para la efectividad de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, haber establecido a nivel de legislación básica determinados mecanismos concretos que garantizaran la vigencia de aquéllos principios.

⁴⁰⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pgs. 41 y 42.

⁴⁰¹ En esta línea, GARCÍA GARCÍA ha destacado en la legislación vigente la falta de "contenido sustantivo suficiente para concretar las exigencias básicas" que requiere la regulación del acceso al empleo público, añadiendo que "el papel del legislador, máxime si legisla con carácter básico, no es reiterar estos principios constitucionales, sino desarrollarlos y positivarlos de forma que alcancen un nivel de concreción y plasmación positiva de la que se derive un grado de exigencia y cumplimiento superior". (GARCÍA GARCÍA, M^a.J., "Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Su plasmación en el Estatuto del Empleado Público", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 15, 2008).

4.5.- Los artículos 149.1.1ª y 139.1 CE

Cabe preguntarse si en materia de acceso al empleo público existe, para el Estado, otro título competencial distinto del artículo 149.1.18ª CE, que sería el artículo 149.1.1ª CE. A este respecto, VIVERO SERRANO⁴⁰² plantea la posibilidad de una regulación básica más amplia y detallada que la contenida en los artículos 55 a 62 EBEP, que “dejase poco espacio al ulterior desarrollo legal estatal y autonómico”, sobre la base de que el derecho fundamental del artículo 23.2 CE puede verse regulado en virtud del artículo 149.1.1ª.

Sobre este punto, DE OTTO ha señalado que este artículo no atribuye al Estado una competencia “tan sólo sobre los derechos y deberes, sólo para su desarrollo o para la regulación de su ejercicio o de su cumplimiento, sino que la regulación de las condiciones básicas puede consistir en la de instituciones, actividades administrativas, servicios, etc., que en modo alguno forman parte de los derechos o deberes subjetivamente entendidos, pero que de una u otra forma sirven a su realización”.⁴⁰³

Al respecto, la STC 37/2002, relativa a la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña en materia de función pública autonómica y local, señaló que la expresión “condiciones básicas” no es sinónima de las expresiones “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”, de modo que “la competencia ex artículo 149.1.1 CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo”, sino que “el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.⁴⁰⁴

También la STC 61/1997, referida a las competencias sobre urbanismo, indicó “la competencia ex art 149.1.1. CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara;(…). El artículo 149.1.1. CE no debe ser entendido como una prohibición de divergencia autonómica, (...)”

⁴⁰² VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 67.

⁴⁰³ OTTO, I., “Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas,” en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986, pg. 132 y ss.

⁴⁰⁴ Ver también las SSTC 61/1997, 173/1998 y 188/2001.

porque las condiciones básicas que garanticen la igualdad, por definición, no pueden consistir en un régimen jurídico acabado y completo de los derechos y deberes constitucionales afectados. (...) Las «condiciones básicas» hacen referencia al contenido primario (STC 154/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...).

También la STC 37/1987 ha señalado que el ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas puede provocar desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos, pero que “no por ello resultan necesariamente infringidos los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1. CE, ya que estos preceptos no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales”.⁴⁰⁵

Asimismo, la citada STC 61/1997 precisa que “las condiciones básicas no equivalen ni se identifican tampoco con el contenido esencial de los derechos. (...) El contenido esencial (...) no es, en definitiva, una técnica que permita determinar lo que al Estado o a las Comunidades Autónomas les corresponde. En términos positivos, pues, tanto el legislador estatal de las condiciones básicas, como el autonómico deben respetar el contenido esencial del derecho de propiedad.

Quedando claro así que el ámbito de actuación de la competencia de los artículos 149.1.18ª y 149.1.1ª CE, concluye PAREJO ALFONSO⁴⁰⁶ que “cuando, no obstante el mayor alcance de la competencia legislativa específica que otorga el artículo 149.1.18ª CE, el legislador se viera precisado, para definir entera y debidamente el mínimo común uniforme que representa el régimen estatutario básico, a regular cuestiones no calificables de básicas, podría actualizar, como complemento, la competencia prevista en el artículo 149.1.1ª CE”.

Como ejemplo de la incidencia del artículo 149.1.1º CE en materia de función pública, puede citarse la STC 42/1981, que, en relación con la titulación exigible para el acceso a la función pública, señaló que, de acuerdo con el artículo 53.1 CE en conexión con el 149.1.1º CE, la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales está reservada en todo caso a una Ley estatal. Y entre tales condiciones básicas ha de incluirse la relativa a que el requisito de titulación que se exija sea el de un título académico o profesional de un nivel, ciclo y especialidad, en su caso, de los fijados por el Estado con carácter general, y no el de una o varias Escuelas.

⁴⁰⁵ En el mismo sentido, las SSTC 227/1988, 150/1990, 186/1993, 319/1993, 173/1998 y 131/2001.

⁴⁰⁶ PAREJO ALFONSO, L., “Límites...”, op.cit., pg. 35 y ss.

Por otro lado, el artículo 139.1 CE dispone que “*todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte de territorio del Estado*”. DE OTTO considera que, debido a la existencia de un Estado autonómico, no puede interpretarse el artículo 139.1 citado como si fuese un mandato de uniformidad, “ni tan siquiera un mandato de unos mínimos de homogeneidad”.⁴⁰⁷ Así, el citado autor, así como MUÑOZ ARNAU, consideran que el mandato de igualdad contenido en el artículo 139.1 CE ha de entenderse referido a la igualdad de los españoles ante cada ordenamiento autonómico.

Sin embargo, existen otros derechos fundamentales y libertades públicas que pueden verse “afectados” por la normativa autonómica, especialmente aquellos que, en el seno del Estado social, tienen una dimensión prestacional. En el momento en que un Estatuto de Autonomía asume competencias sobre materias que son un campo de ejercicio de un derecho fundamental, le corresponde a la Comunidad Autónoma “completar el desarrollo a través del instrumento legal que corresponda”.⁴⁰⁸

Como indica MUÑOZ ARNAU, “es evidente que no existe ningún inconveniente en que el reglamento o la ley ordinaria regulen aspectos del derecho”, pero siempre que estos aspectos “no se refieran a las determinaciones sobre los sujetos, la efectividad de los campos de libertad aludidos en el Texto Constitucional, o la delimitación del alcance de las atribuciones legales correspondientes, aspectos que quedarían atribuidos a la ley orgánica”.

4.6.- La negociación colectiva sobre el acceso al empleo público

No es objeto de este trabajo analizar la naturaleza y fundamento de la negociación sindical en el ámbito del empleo público, sino que, una vez reconocida su existencia en dicho ámbito, se trata de determinar su legitimidad para afectar a un aspecto concreto del empleo en el Sector Público: los procesos de selección del personal. A este respecto, es habitual en la práctica que los convenios colectivos del personal laboral del Sector Público, así como los acuerdos negociados en el caso del personal funcionario, regulen cuestiones tan relevantes como la composición de los órganos de selección, el sistema selectivo, los baremos de méritos o las características de las pruebas.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ OTTO, I., “Los derechos fundamentales...”, op.cit. pg. 141 y ss.

⁴⁰⁸ MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites...*, op.cit., pg.184

⁴⁰⁹ Así, indica OLARTE ENCABO que “todos los convenios colectivos consultados de ayuntamientos y diputaciones andaluzas regulan de forma pormenorizada el ingreso, oferta de empleo y provisión de puestos de trabajo (...). Por tanto, se trata de una materia siempre presente”. (OLARTE ENCABO, S., “Empleo y colocación en la negociación colectiva de los Entes Locales de Andalucía”, en AA.VV., *La negociación colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Coord. PRADOS DE REYES, F.J., IAAP, Sevilla,

Por su parte, la Ley 9/1987 estableció en su artículo 32 que serían objeto de negociación: "(...) b) la preparación de los planes de Oferta de empleo público. (...) d) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos". Tras la reforma operada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, pasó a establecer que serían objeto de negociación: "(...) c) La preparación y diseño de los planes de Oferta de empleo público. (...) g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos. (...) j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley". Y el artículo 34 de dicha Ley 9/1987 establecía que "quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos".

El Estatuto Básico del Empleado Público ha seguido la misma línea, admitiendo la negociación en el ámbito del acceso al empleo público⁴¹⁰, aunque con matices que parecen haber seguido la orientación del Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, que la regulación concreta y la determinación en cada caso de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso y promoción profesional eran "materias que afectan al derecho fundamental de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, respecto de las cuales la Administración ejerce potestades públicas por esencia, que no pueden ser objeto de renuncia o transacción. Son las normas objetivas, elaboradas exclusivamente en cumplimiento de aquel derecho fundamental, y las decisiones de los órganos públicos responsables de aplicarlas las que deben garantizar la igualdad de oportunidades entre quienes ya son empleados públicos y los que no lo son o entre unos y otros grupos de empleados".

Por este motivo, el citado Informe recomendó que fueran objeto de negociación "los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la

2007, pg. 81. En esta obra se realiza un análisis de las cláusulas que habitualmente se contienen en los citados convenios colectivos).

⁴¹⁰ Aunque pretende alcanzar un mayor grado de concreción. Así, indica MAURI MAJÓS que el artículo 37 EBEP determina una lista de materias susceptibles de negociación que pretende identificar unos ámbitos de negociación con un contenido más preciso que rompa la indeterminación en que se ha venido moviendo la negociación colectiva del funcionariado. Así, destaca la eliminación de las cláusulas que en la anterior Ley 9/1987, artículo 32.k, permitían la negociación de "*las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración*". (MAURI MAJÓS, J., "La negociación colectiva en el desarrollo legislativo tras el Estatuto Básico del Empleado Público y, en particular, en el anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón", en AA.VV., *El empleo público en Aragón y tendencias de futuro*, Monografías de la RARAP, nº. 13, 2011, pg. 271 y ss).

promoción interna” y “los criterios generales sobre ofertas de empleo público”, y que quedaran excluidas de la negociación “la regulación y la determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso y promoción profesional”.

El EBEP, en su artículo 37⁴¹¹, titulado “*materias objeto de negociación*”, dispone que “1. Serán objeto de negociación: (...) c) *Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos. (...) l) Los criterios generales sobre Ofertas de empleo público*”.

Y en su apartado 2 añade que “*quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, las materias siguientes: a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. (...) b) La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. (...) e) La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional*”.

Entendemos que la redacción del legislador ha sido poco afortunada, ya que no queda claro si estas materias excluidas de la obligatoriedad de negociación están excluidas de la posibilidad de negociación con carácter absoluto, o bien si solamente se trata de que no es obligatorio para la Administración Pública negociar sobre ellas, pero sí le es posible hacerlo.

Al respecto, RABANAL CARBAJO⁴¹² distingue dentro de este grupo de materias excluidas varios grupos: materias en las que existe total prohibición de negociación colectiva, como puedan ser la potestad de autoorganización de la Administración Pública o la regulación del ejercicio de derechos de los ciudadanos,

⁴¹¹ El artículo 32 de la Ley 9/1987 contenía una lista de materias objeto de negociación en la función pública, mientras que, como novedad, el artículo 37 EBEP contiene la lista de materias negociables pero que parte de la doctrina considera aplicable también a la negociación colectiva con el personal laboral de la Administración Pública, no sólo funcionario. (Ver ALFONSO MELLADO, C.L., “Contenido y eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios en el Estatuto Básico”, *RDS*, nº. 37, 2007, pg. 80, y RABANAL CARBAJO, P., “Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir. LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, Madrid, 2007, pg. 290).

Y es que, dentro del Capítulo IV del EBEP, relativo al “*derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión*”, se establecen en el artículo 31 los principios generales para los “*empleados públicos*”, expresión ésta que, según el propio EBEP, comprende al personal laboral de las Administraciones Públicas; y, respecto de la negociación colectiva “*de los empleados públicos con contrato laboral*”, el artículo 32 EBEP dispone que “*se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación*”.

⁴¹² RABANAL CARBAJO, P., “Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007, pg. 294.

y otras materias en las que es posible que la Administración pudiera negociar (“mera autorización obstativa”), citando en este segundo caso a los procedimientos de acceso al empleo público, respecto de lo que indica que “puede que exista un núcleo esencial innegociable, pero quepa negociar aspectos accesorios”.

Sin embargo, teniendo en cuenta el poder de presión con que cuentan los sindicatos, es posible que, para forzar la negociación en alguno de estos aspectos, supediten la negociación exitosa de otros, con lo cual la Administración *de facto* se vería obligada a negociar sobre estos aspectos, quedando sin efecto la expresión legal “excluida de la obligatoriedad” de negociar. Por tanto, como concluye RABANAL CARBAJO⁴¹³, sólo cabe interpretar que dicha expresión significa “prohibición taxativa de negociar estas materias”, por lo que cualquier cláusula sobre estas materias que se incluya en Convenios Colectivos con la Administración Pública será nula.

Por su parte, FONDEVILA ANTOLÍN⁴¹⁴ entiende que la expresión “quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación” significa que, si Administración y sindicatos lo acuerdan, sí podría ser objeto de negociación la regulación y determinación en cada caso de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público. Y lo cierto, es que la expresión utilizada por la ley es “quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación”, y literalmente, significa que no hay obligación de negociar, pero no que haya prohibición de negociar.

Por otro lado, el EBEP, por una parte, establece que serán objeto de negociación, “las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso” y “los criterios generales sobre Ofertas de empleo público”, y, por otra parte, dispone que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, “la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”. Al respecto, no es fácil distinguir entre “criterios generales” en materia de acceso (que son susceptibles de negociación) y la “regulación y determinación concreta” de los sistemas selectivos, órganos, etc., (que parecen no susceptibles de negociación). La doctrina entiende⁴¹⁵ que lo segundo se refiere a las bases de cada procedimiento selectivo. Y, según, DE NIEVES NIETO, “deben negociarse

⁴¹³ RABANAL CARBAJO, P., “Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007, pg. 295.

⁴¹⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales Reguladores del acceso al empleo público”, *JA*, Lex Nova, nº. 40, 2008, pg. 67.

⁴¹⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II. Contratación”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010, pg. 204 a 206, y ROQUETA BUJ, R., “El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcional y laboral en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, nº. 41, 2007, pg. 170.

colectivamente las normas que determinen los criterios generales en materia de acceso y, en cambio, no puede, en principio, negociarse su aplicación específica en cada caso, referido, en nuestra opinión, a las bases concretas en cada procedimiento selectivo que se convoque”.⁴¹⁶

Igualmente, habrá que determinar dónde está el límite entre, por un lado, la fijación de “las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso” y “los criterios generales sobre Ofertas de empleo público”, y, por otro lado, “las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización”, que quedan excluidas de la obligatoriedad de negociar. A este respecto, indica ESTÉVEZ GONZÁLEZ que “el ámbito organizativo en el que tiene lugar buena parte de la actividad negocial, precisamente estableciendo tales criterios generales, se acerca peligrosamente a un espacio en el que está vetada la intervención de la negociación colectiva: el de las potestades de organización de las Administraciones Públicas”⁴¹⁷ En todo caso, como indica MAURI MAJÓS, las leyes autonómicas deberían esforzarse en eliminar la falta de concreción sobre las materias negociables y los ámbitos excluidos de la negociación, “advirtiendo de que en ningún caso pueden ser objeto de negociación los criterios o decisiones administrativas referentes a la selección de los empleados públicos, excluyendo explícitamente a las concretas ofertas de empleo público, convocatorias y bases del proceso de selección”.⁴¹⁸

Asimismo, queda claro que la normativa vigente (fruto de la negociación con los propios sindicatos) ha optado por mantener la intervención de los sindicatos y representantes de los empleados públicos en la fijación de los criterios generales en materia de acceso al empleo público y en los criterios generales sobre Ofertas de empleo público. Sin embargo, podría entenderse que los sindicatos y los representantes de los trabajadores y funcionarios carecen de un verdadero interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral como funcionarial. Y ello por cuanto, por definición legal y constitucional, defienden intereses (los de sus afiliados en su condición de empleados) que no son los que pueden intervenir en la configuración de tales procesos selectivos, que son el instrumento para el ejercicio del derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público de los artículos 23.2 y 14 CE. En este sentido, parte de la doctrina ha calificado como

⁴¹⁶ También señala ROQUETA BUJ que “lo que se negocia es la normativa que ha de regir estas materias, no las concretas relaciones de puestos de trabajo, planes para la ordenación de los recursos humanos, ofertas de empleo público y bases de cada proceso de selección, provisión o promoción profesional de los funcionarios públicos”. (ROQUETA BUJ, R., “La negociación colectiva en el proyecto de ley del Estatuto básico del empleado público y en la Ley 21/2006”, *RGDA*, nº. 14, 2006).

⁴¹⁷ ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., “El ámbito objetivo de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Negociación colectiva en el empleo público: Diagnóstico y perspectivas*, *Observatorio de la Negociación colectiva*, CCOO-Cinca, 2010, pg. 79.

⁴¹⁸ MAURI MAJÓS, J., “La negociación colectiva...”, op.cit., pg. 271 y ss.

discutible la intervención de la negociación colectiva en la configuración de las pruebas y la composición de los órganos de selección, así como la designación de miembros de estos órganos por los representantes de los trabajadores.⁴¹⁹ Al respecto, se trata de cuestiones sometidas al Derecho Administrativo, que regulan la posición de la Administración Pública frente a los ciudadanos y afectan al proceso de formación de la voluntad administrativa.⁴²⁰

Ya con ocasión de la Ley 9/1987, PARADA VÁZQUEZ⁴²¹ consideraba inadmisibles que fueran objeto de negociación los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos, así como la preparación y diseño de los planes de Oferta de empleo público, porque resultaba contradictorio con el artículo 34 de la citada ley que excluía de la negociación las decisiones que afectan a potestades de organización y las reservadas a la ley.

Además, el acceso al empleo público es una cuestión previa a la propia condición de empleado público, por lo que no existe un colectivo de empleados a los que defender (que es lo que tendría que existir para que pudieran intervenir los sindicatos o los órganos de representación unitaria de los empleados públicos, ya sean funcionarios o laborales), sino que el colectivo existente es el de la ciudadanía en general. Como indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁴²², en la fase de selección “no hay aún trabajadores a los que otorgar derechos e imponer obligaciones, sino una pluralidad indeterminada de ciudadanos que aspiran a ser seleccionados por los poderes públicos”, y “tampoco hay empresario alguno al que atribuir deberes y reconocer prerrogativas, sino más bien un poder público que ejerce una típica potestad administrativa, la de autoorganización, guiado por la satisfacción del interés general”. Y, finalmente, “no existen genuinas relaciones colectivas en liza, pues no son los ciudadanos aspirantes a empleos públicos sujetos que privada o institucionalmente puedan caer en cuanto tales dentro del ámbito de representación de los Sindicatos”.

Así, puede concluirse que el interés que tutelan los sindicatos es el de quienes ya son empleados públicos, por lo que no parece que proceda su actuación cuando se trata de un procedimiento administrativo dirigido a ciudadanos. Este razonamiento se ve claro si nos planteáramos la posibilidad de negociar con los sindicatos la normativa sobre procedimientos de subvenciones o

⁴¹⁹ RIVERO LAMAS, J, “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pg. 28. También indica MONTORO CHINER que “el carácter temporal que poseen las normas resultado de la negociación no puede compatibilizarse fácilmente con el estatuto de la función pública de vocación general, permanente y no limitado temporalmente”. (MONTORO CHINER, M^a.J., “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”, *RAP*, nº. 136, 1995, pg. 197).

⁴²⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”. op.cit., pg. 204 a 206.

⁴²¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, II, Organización y Empleo Público, Marcial Pons, Madrid, 1994, pg. 100 y ss.

⁴²² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”. op.cit., pg. 204 a 206.

sanciones de tráfico. El papel que se ha atribuido a los sindicatos en la configuración de los procesos selectivos parece provenir en buena parte de la existencia de determinados colectivos de empleados públicos que necesitaban procesos selectivos menos rigurosos para consolidar su posición como funcionarios o laborales indefinidos. Y cabe plantearse la duda de que esto tengo poco que ver con el interés tutelado por la normativa sobre acceso al empleo público, que no es otro que el cumplimiento del principio de igualdad en dicho acceso, lo cual implica el máximo respeto a los principios de mérito y capacidad.

En definitiva, puede concluirse que los sindicatos carecen de legitimación para influir en la determinación del modelo de selección de los empleados públicos ni en su configuración concreta y detallada en cada caso. Su ámbito de actuación parece ser más bien las condiciones de trabajo de los empleados públicos como tales, y, a lo sumo, la promoción interna y profesional de éstos.

Refiriéndose al empleo público de tipo laboral, MOLINA GARCÍA⁴²³ alude al carácter de derecho de configuración legal del recogido en el artículo 23.2 para excluir la intervención del convenio colectivo, en la medida en que este tipo de derechos sólo pueden ser alegados en los términos previstos en la ley que los desarrolle. Existiendo reserva de ley en esta materia⁴²⁴, entiende que la entrada del Convenio colectivo ha de tratarse con cautela, destacando el hecho de que el proceso de selección “se ajusta a un procedimiento administrativo reglado con el que se garantizan principios constitucionales, entre ellos el de un tratamiento común del administrado frente a la Administración”. Además, señala que la imposibilidad de intervención en esta materia del convenio colectivo se deriva también del contenido que el artículo 85 ET atribuye a la negociación colectiva: las condiciones de trabajo.⁴²⁵ Y resulta que el acceso al empleo público no es una cuestión relativa a condiciones de trabajo, sino una cuestión previa a la existencia de la relación laboral.

En este sentido, VILLANUEVA PUERTOLLANO⁴²⁶ valora positivamente que el EBEP haya suprimido, como materia objeto de de necesaria negociación colectiva, las bases concretas de cada convocatoria, entendiendo que esta medida, en el ámbito local, ha eliminado los procesos de negociación que habitualmente versaban sobre la valoración y ponderación de los méritos baremables, “con profundas discrepancias entre los distintos representantes sindicales, (...) en la mayoría de los casos, defendiendo la adaptación de las bases

⁴²³ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 150 y ss.

⁴²⁴ Refiriéndose al artículo 32 de la Ley 9/1987, han señalado SALA FRANCO, BLASCO PELLICER y ALTÉS TÁRREGA que en la enumeración de materias negociables que contiene existen materias sometidas a reserva de ley material. (SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., y ALTÉS TÁRREGA, J.A., *La negociación...*, op.cit., pg. 151).

⁴²⁵ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 153.

⁴²⁶ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 80.

a los concretos méritos de sus respectivos afiliados, contratados temporales o funcionarios interinos”.

En la misma línea, OLIVERA MASSÓ⁴²⁷, entiende que los procesos selectivos no pueden ser regulados por Convenio Colectivo, porque la regulación de los mismos vincula a todos los ciudadanos que quieran participar en dichos procesos, aunque no sean trabajadores del ámbito al que afecta el Convenio Colectivo. El Convenio Colectivo, pues, no puede regular la posición de la Administración Pública frente al ciudadano.

No obstante, la legitimidad de los convenios colectivos para regular los procesos selectivos del personal laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas ha sido admitida por autores como MOLERO MARAÑÓN.⁴²⁸ También FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁴²⁹ admiten la legitimidad de los convenios colectivos para regular esta materia, pero recordando que las reglas y requisitos deberán fijarse atendiendo exclusivamente al mérito y capacidad, quedando totalmente prohibidas las convocatorias *ad personam*⁴³⁰. Incluso parte de la doctrina entiende que, ante la falta de regulación detallada de los procesos selectivos del personal laboral en el Real Decreto 364/1995⁴³¹, no se aplicará supletoriamente la normativa sobre funcionarios, sino los convenios colectivos.⁴³²

Por otro lado, y como indica RABANAL CARBAJO⁴³³, la Administración Pública, como empresaria, a la hora de negociar las condiciones de trabajo de su personal laboral, presenta serias diferencias respecto de la empresa privada, debido a su sometimiento al principio de legalidad y a la búsqueda del interés

⁴²⁷ OLIVERA MASSÓ, P., “La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública”, *RL*, Tomo I, 1991, pg. 300.

⁴²⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

⁴²⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, IAAP, Sevilla, 2006, pg. 86, y *El acceso al empleo público*, CEF., Madrid, 2005, pg. 153, citando a SÁNCHEZ BLANCO, A., “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política”, *REDA*, nº. 46, 1985.

⁴³⁰ Ver las SSTC 42/1981, 50/1986, 18/1987, 67/1989, 27/1991, 93/1995, 11/1996 y 96/1997.

⁴³¹ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.

⁴³² Ver en este sentido MOLERO MARAÑÓN, M.L., *Acceso y clasificación profesional...*, op.cit., pg. 47, y LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pg. 198.

⁴³³ RABANAL CARBAJO, P., “Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007, pg. 277.

general. Por tanto, “no puede asumir la negociación con entera libertad para llegar a un acuerdo de voluntades”, sino que está sujeta a importantes limitaciones, como son la normativa sobre gasto público y la limitación presupuestaria, o la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, así como también la planificación de recursos humanos está sujeta a reglas de Derecho Administrativo, como las que regulan los Planes de Empleo y las Ofertas de empleo público.⁴³⁴ En definitiva, el sistema de selección tiene que ser definido objetivamente teniendo en cuenta exclusivamente los principios de mérito y capacidad y el principio de eficacia administrativa (del artículo 103 CE).

Por su parte, MAURI MAJÓS entiende que el hecho de que el EBEP permita la negociación de las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso al empleo público puede implicar que la negociación colectiva “se extienda a materias sobre las que los órganos de gobierno deberían decidir bajo su plena y exclusiva responsabilidad, por corresponder a la potestad de organización o a la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad”. Y añade que “las leyes de función pública de las distintas comunidades autónomas deberían desarrollar un importante esfuerzo por clarificar la naturaleza y el espacio de las normas convenidas, (...) advirtiendo de que en ningún caso pueden ser objeto de negociación los criterios o decisiones administrativas referentes a la selección de los empleados públicos, excluyendo explícitamente a las concretas Ofertas de empleo público, convocatorias y bases del proceso de selección”.⁴³⁵

DE NIEVES NIETO⁴³⁶ señala que “si se entiende (...) que se trata de una materia que afecta al derecho de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los cargos y funciones públicas, con relación a los cuales la Administración ejerce potestades públicas, debe pensarse que se trata de un procedimiento de Derecho Público y, por tanto, indisponible por la autonomía colectiva. De ahí que en principio no parece que quepa admitir que los convenios colectivos puedan determinar la actuación de la Administración frente a los ciudadanos por tratarse de actos sujetos a Derecho Administrativo propios de los poderes soberanos que se integran en el proceso de formación de la voluntad de la Administración frente a sus administrados, que es una cuestión diferida a la norma legal”. Aunque reconoce que el Tribunal Supremo parece admitir la regulación convencional, como se deduce de la STS de 12 de julio de 2007, que se anula una convocatoria de ingreso libre por no haberse intentado con anterioridad la provisión interna que venía exigida por el convenio colectivo aplicable.

⁴³⁴ MONTOYA MELGAR, A., “Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir. LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007, pg. 470.

⁴³⁵ MAURI MAJÓS, J., “La negociación colectiva...”, op.cit., pg. 271 y ss.

⁴³⁶ NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *RMTI*, nº. 93, 2011.

Además, debe añadirse que los hechos históricos parecen poner de manifiesto que buena parte de la actividad sindical ha favorecido a determinados colectivos de empleados públicos en perjuicio de los principios de mérito y capacidad. Así, se ha negociado y propiciado la realización de innumerables procesos de consolidación de empleados temporales y contratados administrativos y de funcionarización de laborales, mediante el diseño de procesos selectivos de menor rigor en cuanto a la exigencia de conocimientos técnicos por parte de los aspirantes, y que sobrevaloran como mérito la prestación de servicios en el Sector Público.

En esta línea, señala SÁNCHEZ MORÓN⁴³⁷ que los sindicatos “lejos de defender la igualdad de oportunidades, suelen colocarse al lado de quienes son ya trabajadores, sobre todo si existe entre ellos un cierto índice de afiliación sindical”. Por su parte, MARTINEZ DE VIÉRGOL⁴³⁸ señala que algunos Convenios Colectivos merecen la calificación de nulos por pactar la estabilización o adquisición de fijeza del personal laboral temporal obviando los mecanismos públicos selectivos de contratación. También indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁴³⁹, las organizaciones sindicales no van a renunciar a hacer primar los intereses de los trabajadores, especialmente los temporales, frente a los aspirantes “externos”, que carecen de tutela colectivamente organizada.

Por ello, como indica PARADA VÁZQUEZ⁴⁴⁰, “la recuperación de las potestades públicas ahora compartidas con los sindicatos debe ser otro objetivo prioritario. No se trata de negar la libertad sindical, el derecho fundamental a constituir sindicatos y asociaciones de funcionarios (...), sino de mantener la vida sindical fuera de las estructuras administrativas en las que han penetrado unos sindicatos no representativos, porque la representatividad se mide, como debe ser, por el número de afiliados, de cotizantes, que no tienen las llamadas centrales de clases, y por unas elecciones que ellos programan y organizan a su conveniencia”.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, parece necesaria una reforma legal que sustraiga al ámbito de la negociación sindical los procesos selectivos, tanto de funcionarios como de laborales, así como las decisiones sobre Ofertas de empleo público y convocatorias de procesos selectivos. Y ello porque la legislación actual está reconociendo unas facultades de negociación (sobre los procesos selectivos)

⁴³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos. (Comentario a la sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del TC)”, *RAAP*, nº. 34, 1999, pg. 118.

⁴³⁸ Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “Relación laboral común versus relación laboral de régimen específico”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001, pg. 632.

⁴³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”. *op.cit.*, pgs. 204 a 206.

⁴⁴⁰ PARADA VÁZQUEZ, R., “Empleo público y globalización de la economía”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 239.

a los sindicatos que no parecen corresponderse con el interés que éstos defienden (que es el de sus afiliados, no el de la ciudadanía en general).

Lo expuesto determina también la posibilidad de que se suprimiera por ley la negociación con los sindicatos y representantes unitarios de los empleados públicos en todo lo referente al acceso al empleo público. Esto determinaría, en particular, que no se pudiera regular esta materia por convenio colectivo.

4.7.- Las fuentes reguladoras en el ámbito local

La complejidad del sistema de fuentes en materia de empleo público es aún mayor en el ámbito de la Administración Local, por cuanto confluyen varios títulos competenciales. En primer lugar, el Estado tiene un doble título competencial, por tratarse de la regulación del estatuto funcional (artículos 149.1.18ª y 103.3 CE)⁴⁴¹ y del Régimen Local (materia que también se ubica dentro del artículo 149.1.18ª CE, por ser parte del régimen jurídico de las Administraciones Públicas). Pero, además, las Comunidades Autónomas han luchado por aumentar su competencia en materia de régimen local y de funcionarios locales, aunque esta intervención de la legislación autonómica dependerá de la extensión que el Estado dé a su legislación básica.⁴⁴²

Como señala FONDEVILA ANTOLÍN⁴⁴³, la competencia autonómica para regular la Función Pública local se convirtió en un caballo de batalla durante la tramitación del EBEP, más teniendo en cuenta el polémico artículo 136 del nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña, que atribuye a la Generalitat competencia sobre la totalidad de las Administraciones Públicas ubicadas en su territorio.

El EBEP se refiere particularmente a la normativa sobre empleo público local en su artículo 3, que indica que *“1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”*.⁴⁴⁴ Este artículo en realidad reconoce la actual

⁴⁴¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local”, en AA.VV., *Tratado de Derecho municipal*, Dir. MUÑOZ MACHADO, S., Volumen I, Civitas, Madrid, 2003, pg. 207 y ss.

⁴⁴² BAÑO LEÓN, J.Mª., “La ordenación de las normas reguladoras del régimen local”, en AA.VV., *Tratado de Derecho municipal*, Dir. MUÑOZ MACHADO, S., Volumen I, Civitas, Madrid, 2003, pg. 449 y ss.

El análisis del sistema de fuentes en materia de régimen local plantea numerosas dificultades interpretativas, pudiendo verse al respecto RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “Prólogo”, en VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Barcelona, 2009, así como lo expuesto por VELASCO CABALLERO en esta obra.

⁴⁴³ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 44

⁴⁴⁴ Específicamente para los Cuerpos de Policía Local establece que *“se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo*

estructura de fuentes, sin especificar los títulos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas, pero dejando claro que ambos legisladores han de respetar la autonomía local, cuyos contornos en esta materia no delimita.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria⁴⁴⁵, respecto de la prelación de fuentes normativas sobre el empleo público local, podría señalarse, en primer lugar, la vigencia de la legislación básica estatal, constituida por el EBEP, así como por la normativa básica sobre régimen local, donde figuran los artículos básicos de la Ley 7/1985, y aquellos que también tienen carácter básico del Real Decreto Legislativo 781/1986, entre los que figuran los artículos 167 y 169, sobre las Escalas y subescalas de funcionarios de la Administración Local.

En segundo lugar, cabe citar el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las Reglas Básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, en aquellos preceptos que constituyan también legislación básica. Por su parte, la citada Ley 7/1985, en su artículo 100, atribuye a cada Corporación Local la competencia para la selección de los funcionarios que no tienen habilitación de carácter estatal, reservando, no obstante, a la Administración del Estado, el establecimiento de las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de tales funcionarios. En uso de esta atribución, las normas del citado Real Decreto que definen reglas esenciales y programas mínimos, revisten carácter básico a efectos de lo previsto en el artículo 149.1.18^a de la Constitución. Concretamente, la Disposición Final Primera del mencionado Real Decreto señala que *“constituyen normas básicas, en el sentido previsto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, los preceptos contenidos en el presente Real Decreto, a excepción de los artículos 4, a), b), c), d), f), g), h), i), y 6 y las disposiciones adicional primera, párrafo segundo y tercero, segunda y tercera, cuya aplicación tendrá carácter supletorio respecto de la legislación específica de las comunidades autónomas”*.

Por otro lado, hemos de hacer una referencia específica a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, que tienen atribuidas en exclusiva las funciones que les asigna la Ley 7/1985. Debido a la importancia de estas funciones y a la necesidad de salvaguardar la formación e imparcialidad de estos funcionarios, se estableció un sistema por virtud del cual la fase de selección producía la obtención de una habilitación para todo el territorio nacional, y posteriormente, el funcionario habilitado obtenía su plaza concreta mediante la participación en concursos de provisión de puestos en los Entes Locales.

establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”.

⁴⁴⁵ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 47 y ss., SÁNCHEZ MORÓN, M., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, pg. 70, y SOLANA PÉREZ, A., “Los Derechos individuales de los empleados públicos locales, especial referencia a los derechos retributivos”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg. 373 y ss.

Concretamente, el artículo 98.1 de la Ley 7/1985, con carácter básico, estableció que “la selección, formación y habilitación de los funcionarios a que se refiere el número 3 del artículo 92 corresponde al Instituto de Estudios de Administración Local, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente”. Y el artículo 99 de dicha ley reguló la segunda fase de provisión de puestos, estableciendo, con carácter básico, un sistema en el que intervenían el Estado, las Comunidades Autónomas y los propios Entes Locales.

La cuestión del ámbito de la legislación básica estatal fue tratada, en referencia a los funcionarios locales de habilitación nacional, por la STC 25/1983, que trató la cuestión de determinar si la selección de funcionarios pertenecientes a los Cuerpos nacionales de Secretarios, Interventores y Depositarios de Fondos de Administración Local y su adscripción a plazas determinadas, pertenece al núcleo de la legislación básica. Sobre ello, indicó que en nuestro Ordenamiento Jurídico es básica la existencia de estos Cuerpos con el carácter de nacionales, así como la selección de los funcionarios dentro de los citados Cuerpos, y que también es básico que el sistema de adscripción de estos funcionarios a plazas concretas sea el de concurso de carácter nacional, “pues ello otorga a los funcionarios en cuestión una igualdad de oportunidades y permite una valoración objetiva de los méritos, garantizando asimismo los derechos de los administrados en la misma forma en todo el territorio nacional”.⁴⁴⁶

Dado que la cuestión analizada era la competencia de una Comunidad Autónoma para convocar y resolver en los municipios radicados en su territorio los concursos de provisión de plazas de estos funcionarios, la sentencia indica que “no se puede olvidar que la pretensión sostenida por los promotores de este conflicto, (...), a la larga tiene que conducir a una fragmentación de los concursos, por la absoluta imposibilidad de atender a todos ellos simultáneamente, con la ulterior y muy probable consecuencia *de facto*, sino *de iure*, de que se produzca una cabal regionalización de los Cuerpos en cuestión, en contra de lo que en la línea de partida de este razonamiento habíamos considerado como básico”.

Hasta aquí tenemos la legislación básica estatal, directamente aplicable y no modificable ni por los Entes Locales ni por las Comunidades Autónomas. Ahora bien, como se ha indicado, la legislación sobre la función pública de los Entes Locales tiene carácter bifronte, por lo que, y en función de la competencia atribuida por los Estatutos de Autonomía, existirá legislación autonómica sobre esta materia (respetando la legislación básica). Y pueden darse dos situaciones: que la Comunidad Autónoma haya dictado expresamente normativa sobre los empleados públicos locales, o que no haya dictado *ex profeso* normativa sobre los mismos, pero prevea la aplicación a éstos de su normativa sobre sus propios empleados públicos.

⁴⁴⁶ Estos mismos razonamientos podrían utilizarse respecto de otros Cuerpos funcionariales.

En todo caso, el caballo de batalla en la actualidad radica en determinar las fronteras entre el ámbito propio de la legislación básica estatal y el ámbito propio de la legislación autonómica. De hecho, ya se ha indicado que el EBEP ha incluido una Disposición Final Segunda que establece que *“las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las Comunidades Autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos Estatutos de Autonomía, en el marco de la Constitución”*.

Al respecto, la doctrina ha planteado dudas respecto de la competencia de la Comunidad Autónoma de Cataluña, tras la promulgación de su nuevo Estatuto de Autonomía, aprobado por la Ley Orgánica 6/2006. Así, el artículo 136.a) del mismo, atribuye a esta Comunidad Autónoma competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas, lo cual, a juicio de MAURI MAJÓS, incluye las Entidades Locales. Por ello, según este autor que *“podremos concluir que el sistema de distribución de competencias establecido por el artículo 136 del EAC y reconocido por la disposición final segunda se proyecta también sobre la función pública local, desplazando a la legislación básica de régimen local en esta materia y, sobre todo, constituyéndose en un límite futuro para cualquier legislación de régimen local de carácter básico que quisiera especificar, más allá de los preceptos del EBEP, el régimen jurídico de los funcionarios locales”*. En definitiva, el citado artículo 3.1 EBEP mantiene la concurrencia de legislación básica sobre empleo público y legislación básica sobre régimen local que afecta al empleo público local, lo cual, a juicio de MAURI MAJÓS⁴⁴⁷, produce los siguientes efectos perniciosos:

- La relación entre ambos bloques de legislación básica se ha resultado por la Disposición Derogatoria Única del EBEP, que deroga las normas de igual o inferior rango que le contradigan, con lo cual, el EBEP se coloca por encima de las bases de régimen local preexistentes. Sin embargo, esto no beneficia la seguridad jurídica, porque los operadores jurídicos tienen que ir analizando norma por norma.

- Dicho artículo 3.1 EBEP se aleja de la propuesta del Informe de la Comisión de Expertos para el estudio del EBEP, que proponía simplificar el doble marco de legislación básica sobre función pública local, de manera que *“la legislación aplicable a los funcionarios de las Administraciones Locales sea, salvo excepción justificada, la que regule la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma, para mayor seguridad jurídica y por la mayor proximidad y comunicabilidad existente entre los funcionarios de ambas Administraciones”*.⁴⁴⁸

⁴⁴⁷ MAURI MAJÓS, J., *“Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”*, QDL, nº. 19, 2009, Fundación Democracia y Gobierno Local.

⁴⁴⁸ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 38, aunque aclarando que *“esta legislación, sin embargo, no debe contener una regulación tan exhaustiva que imposibilite el despliegue de*

- También presentará choques con los nuevos Estatutos de Autonomía que tienden a expandir la competencia autonómica en materia de función pública local.

5.- CONCLUSIONES

El acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza no eventual es un derecho fundamental, por lo que goza del máximo grado de protección establecido en el artículo 53.2 de la Constitución, así como forma parte esencial del Estado Democrático y de Derecho. Respecto del personal funcionario, dicho derecho está reconocido en el artículo 23.2 CE. Respecto de los empleos públicos laborales, el Tribunal Constitucional no ha considerado aplicable dicho artículo 23.2, pero reconoce dicho derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a estos empleos con base en el artículo 14 CE (que goza de la misma protección que el artículo 23.2).

Además, dicho derecho fundamental comprende a los empleados públicos al servicio de todas las Entidades, incluso privadas, pertenecientes al Sector Público, tal y como lo define el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Esto, en particular, incluye al personal laboral de las Entidades Públicas Empresariales y de cualesquiera Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y al personal laboral de las sociedades y fundaciones del Sector Público.

En cuanto se refiere al contenido de este derecho fundamental, en primer lugar, afecta al legislador. Así, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, el derecho del artículo 23.2 CE incluye el derecho a la predeterminación normativa del procedimiento de acceso a las funciones públicas, incluyendo la fijación *ex ante* de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función. Sin embargo, debido a que el artículo 23.2 CE contiene una remisión a “los requisitos que señalen las leyes”, la doctrina y el Tribunal Constitucional entienden que el legislador cuenta con un amplio margen para diseñar los procesos selectivos de acceso a los empleos públicos.

No obstante, concluimos que es imprescindible que exista el suficiente detalle en la ley, como para que el reglamento tenga una guía clara a la hora de concretar en cada Administración Pública o Ente del Sector Público, así como que el reglamento sea también lo suficientemente detallado, como para que las bases reguladoras de los procesos selectivos no puedan configurarse *ad personam* ni

la autonomía de cada Entidad Local para adoptar las medidas sobre empleo público que considere apropiadas a sus necesidades”.

favorecer injustamente a determinados colectivos; y, finalmente, se precisa que las bases reguladoras sean lo suficientemente detalladas como para que la actividad del órgano de selección que puntúa, valora y barema, pueda ser judicialmente controlada, es decir, que dicho órgano no cuente con un excesivo margen de discrecionalidad.

Además, el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad implica lo siguiente:

- No es posible establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio para acceder a las funciones y cargos públicos.

- No deben restringirse de forma injustificada las condiciones de acceso, lo cual implica la interdicción de las pruebas restringidas. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha admitido las pruebas restringidas cuando se trata de "medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir de forma inmediata a personal en régimen de Derecho Administrativo, cuando ni existían plantillas de funcionarios ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera".

Ahora bien, entendemos que el Tribunal Constitucional ha sido demasiado generoso en el entendimiento de cuándo se daban esas circunstancias excepcionales que facultaban la tramitación de procesos restringidos, y aún habiendo transcurrido decenas de años desde el nacimiento de las Administraciones autonómicas, continúan creándose nuevas bolsas de empleo temporal que siguen dando lugar a interminables procesos de consolidación de empleo temporal que carecen ya del mencionado requisito de excepcionalidad. Al respecto, resulta positivo que el EBEP haya establecido en su artículo 61.1 que los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia.

Además, el carácter abierto de los procesos selectivos ha de ser material, en el sentido de que, en ocasiones, las bases reguladoras del proceso selectivo establecen formalmente la apertura total del proceso, pero después establecen un baremo de méritos que de manera indefectible provoca que determinados colectivos favorecidos van a ser los que superarán el proceso selectivo. Tras largos años de doctrina constitucional al respecto, el artículo 61.3 EBEP dispone que *"los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes, sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo"*. La inclusión de esta cláusula en una norma con rango de ley, y además con carácter de legislación básica, constituye un adelanto, pero consideramos que es insuficiente para evitar que, a través del diseño de baremaciones desequilibradas, se vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Asimismo, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, el principio de igualdad conlleva también el establecimiento en los procesos selectivos de los requisitos “en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas”. Sin embargo, el concepto de procedimiento diseñado “*ad personam*” ha sido referido por el Tribunal Constitucional solamente a aquellos casos en que se favorece a personas concretas, pero no a aquellos en que se favorece a colectivos (como los interinos).

Así, en el caso de los procesos restringidos en sentido amplio, en los que se realiza una valoración desproporcionada de los servicios previos, el Tribunal Constitucional ha entendido que esta sobrevaloración no constituye una referencia individualizada. Sin embargo, si la valoración de algún mérito (como los servicios prestados) es desproporcionada, sí existe una referencia *ad personam*, puesto que el único sentido atribuible a esta desproporción es el de favorecer a determinadas personas, siendo irrelevante si se favorece a una o a doscientas personas, pues, en todo caso, hay una desigualdad en atención a una determinada condición (ser interino, por ejemplo).

El principio de igualdad en el acceso a los empleos públicos implica también, a nuestro juicio, un contenido material, consistente en que los únicos criterios para la selección son el mérito y la capacidad, y en determinados condicionamientos del proceso selectivo, que afectan al sistema de selección, al órgano de selección, que ha de componerse de personas técnicamente cualificadas e imparciales, y a las garantías de procedimiento (cuestiones éstas que se estudian en otros Capítulos de esta tesis doctoral).

Por otro lado, el derecho fundamental del que tratamos se proyecta no solamente en la fase de elaboración de las normas, sino también en la fase de aplicación de las mismas, tal y como viene reiterando el Tribunal Constitucional. Sin embargo, este mismo Tribunal viene entendiendo que, cuando la Administración Pública aplica un criterio ilegal, no existe desigualdad si ha sido aplicado a todos los participantes. Este razonamiento no nos parece correcto, porque el derecho de igualdad en el acceso queda vulnerado en este caso, ya que el resultado del proceso selectivo se ve sustancialmente modificado si se alteran las reglas de cálculo. Por tanto, aunque el órgano de selección aplique el criterio erróneo a todos los participantes, no por ello éstos han quedado en situación de igualdad, pues la situación de igualdad era que se aplicaran a todos los participantes las bases reguladoras del proceso, y no otro criterio distinto.

Al derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad se le atribuye carácter reaccional, de modo que sus titulares tienen la facultad de impugnar toda norma o aplicación concreta de una norma que quiebre la igualdad. Esto incluye, a nuestro juicio, la posibilidad de impugnar la situación reconocida a otra persona en virtud de una aplicación incorrecta de la normativa, si ello altera la situación del reclamante.

En cuanto se refiere al sistema de fuentes reguladoras del acceso al empleo público, destaca su complejidad, existiendo una gran dispersión normativa, ya que el sistema parte del artículo 149.1.18ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios. Por tanto, se trata de legislación básica, susceptible de desarrollo autonómico. En cuanto a los empleados públicos en régimen laboral, se viene entendiendo que la normativa se dicta en virtud del artículo 149.1.7ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la “legislación laboral”.

Sin embargo, entendemos que la regulación del acceso al empleo laboral público no es una cuestión de Derecho Laboral en sentido estricto, pues no se refiere al régimen de derechos y obligaciones del trabajador, sino que es una cuestión previa que afecta al nacimiento de la relación laboral, siendo, por tanto, una cuestión de Derecho Público, más bien relacionada con el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 CE) y con las condiciones básicas de ejercicio de derechos iguales para todos los españoles (artículo 149.1.1 CE).

Asimismo, el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad es objeto de una reserva de ley, con base en los artículos 23.2, 53.1 y 103.3 CE. Pero se viene entendiendo que es un derecho de configuración legal, debido a la expresión “con los requisitos que señalen las leyes” empleada por el artículo 23.2 CE, entendiendo el Tribunal Constitucional que ello permite entender debilitada la exigencia de ley para regular este derecho fundamental. Sin embargo, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como los correlativos de objetividad e imparcialidad, hacen necesario que la legislación se estructure de forma que no permita que por vía reglamentaria o de acto administrativo se configuren baremos “a medida” de un determinado candidato. Y, además, lo expuesto afecta en realidad al deber de predeterminación normativa que se desprende del propio artículo 23.2 CE, como se ha expuesto anteriormente.

También se ha planteado si la reserva de ley lo es de ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81.1 CE, que establece que se regulará por ley orgánica el desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas. Al respecto, el Tribunal Constitucional exige ley orgánica para regular los cargos públicos representativos, pero no para regular los no representativos. En particular, de su doctrina se desprende que establecer que los criterios de acceso al empleo público son la igualdad, el mérito, la capacidad y la publicidad, no constituye desarrollo legal de dicho derecho, ni tampoco lo son las reglas esenciales de formación de los órganos de selección.

Y ello por entender que el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas no representativas no tiene un contenido sustantivo que desarrollar, sino que se trata solamente del derecho a que las normas que regulen el acceso respeten la igualdad. Sin embargo, de esta exigencia se derivan una serie de garantías sustantivas (reglas sobre méritos baremables, requisitos de acceso, etc.)

y procedimentales (procedimiento selectivo con publicidad, transparencia administrativa, reglas de designación de los miembros de los órganos de selección, etc.) sin cuya existencia no podría existir dicha igualdad. Y, dado que tales garantías son precisamente el contenido de este derecho fundamental, entendemos que deben ser reguladas al menos en lo esencial por ley orgánica, tal y como resulta del artículo 81.1 CE.

Por otro lado, según el artículo 149.1.18ª CE, el Estado ostenta la competencia exclusiva para determinar las bases del régimen estatutario de los funcionarios, así como las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Sin embargo, es difícil determinar con qué intensidad debe dictarse dicha legislación básica, es decir, con qué grado de detalle. Por su parte, el Tribunal Constitucional, en la sentencia 85/1983 señaló que, de la aplicación del artículo 103 CE a todas las Administraciones Públicas, no se deriva un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras o un determinado sistema de publicación.

Por tanto, parece que la legislación básica alcanzaría al establecimiento de los principios sobre acceso al empleo público, pero que la instrumentación concreta de estos principios corresponde a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, no es suficiente con establecer principios y previsiones generales, sino que éstos necesitan de unos mecanismos y previsiones concretas que aseguren su vigencia efectiva. Por tanto, la legislación básica debe regular, al menos en lo imprescindible, estos mecanismos concretos, sin que ello implique que se agote la regulación sobre la materia, impidiendo a las Comunidades Autónomas ejercer su competencia de desarrollo legislativo.

Finalmente, debe hacerse referencia a la posibilidad de que los convenios colectivos del personal laboral del Sector Público, así como los acuerdos negociados en el caso del personal funcionario, regulen cuestiones tan relevantes como la composición de los órganos de selección, el sistema selectivo, los baremos de méritos o las características de las pruebas. A este respecto, el EBEP dispone en su artículo 37 que serán objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, y los criterios generales sobre Ofertas de empleo público. Pero también dispone que queda excluida de la obligatoriedad de la negociación la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

En primer lugar, no queda claro si las materias excluidas de la obligatoriedad de negociación están excluidas de la posibilidad de negociación con carácter absoluto, o bien si solamente se trata de que no es obligatorio para la Administración Pública negociar sobre ellas, pero que sí le es posible hacerlo. Lo cierto es que la expresión “quedan excluidas de la obligatoriedad de la

negociación”, literalmente, significa que no hay obligación de negociar, no que haya prohibición de negociar.

En segundo lugar, entendemos que resulta dudoso que los sindicatos y los representantes de los trabajadores y funcionarios ostenten interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral como funcionarial. Y ello por cuanto, por definición legal y constitucional, defienden intereses corporativos (los de quienes ya son empleados públicos), por lo que no parece que puedan incidir en la regulación de un derecho fundamental que afecta a todos los ciudadanos. Este razonamiento se ve muy claro si nos planteáramos la posibilidad de negociar con los sindicatos la normativa sobre procedimientos de subvenciones o sanciones de tráfico. Lo expuesto determina la posibilidad de suprimir por ley la negociación con los sindicatos y representantes unitarios de los empleados públicos en lo referente al acceso al empleo público, lo cual, en cuanto se refiere al personal laboral del sector público, impediría que esta materia se regulase por convenio colectivo.

CAPÍTULO 3

Los sistemas de selección de acceso al empleo público

SUMARIO:

- 1.- CRÍTICAS A LOS ACTUALES SISTEMAS DE SELECCIÓN
- 2.- LA OPOSICIÓN
 - 2.1.- La preferencia por la oposición
 - 2.2.- Las pruebas o exámenes
- 3.- EL CONCURSO-OPOSICIÓN
- 4.- EL CONCURSO
- 5.- ACTUACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 61.5 EBEP
 - 5.1.- Introducción
 - 5.2.- La entrevista
 - 5.3.- Los test psicotécnicos y psicológicos
 - 5.4.- La presentación de memorias
 - 5.5.- Los cursos selectivos y los períodos de formación práctica
 - 5.6.- El peso de las actuaciones complementarias del artículo 61.5 EBEP
- 6.- LA DESVIACIÓN DE PODER Y LAS IRREGULARIDADES EN EL DISEÑO Y TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS
- 7.- LA FRAGMENTACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS: EL CASO DE LOS Entes LOCALES, UNIVERSIDADES Y OTROS Entes PÚBLICOS Y PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO
- 8.- LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL
 - 8.1.- Introducción
 - 8.2.- La doctrina constitucional sobre los procesos selectivos restringidos
 - 8.2.1.- Los procesos restringidos en sentido estricto
 - 8.2.2.- Los procesos selectivos restringidos en sentido amplio: abiertos con valoración de servicios prestados
 - 8.2.3.- Conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional
 - 8.3.- La normativa estatal sobre procesos de consolidación de empleo público precario
- 9.- LA FUNCIONARIZACIÓN
- 10.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1.- CRÍTICAS A LOS ACTUALES SISTEMAS DE SELECCIÓN

Los principios de igualdad, mérito y capacidad se vertebran a través de cada proceso selectivo, siendo determinante la configuración de las pruebas selectivas y del órgano de selección.⁴⁴⁹ Tras varias décadas de Estado democrático y de Derecho, la cuestión de los sistemas de selección de los empleados públicos continúa siendo un tema estrella⁴⁵⁰, debido a las numerosas irregularidades que continúan produciéndose. Es necesario responder a dos cuestiones sobre el sistema de selección diseñado por la ley:⁴⁵¹ a) Si sirve realmente para conseguir una burocracia pública adecuadamente profesionalizada y b) Si está siendo correctamente aplicado en la práctica.⁴⁵²

La respuesta ha de ser negativa, pues, aunque se ha alcanzado un alto nivel de desarrollo legislativo, lo cierto es que continúan cometiéndose importantes infracciones de los principios de mérito y capacidad, y que no solamente se deben a la desidia de los gobernantes y gestores de las Entidades convocantes de procesos selectivos, sino que también se producen porque existen importantes insuficiencias en la normativa vigente, así como la práctica judicial es inadecuada en algunos aspectos (como el referido al control de la denominada discrecionalidad técnica). Por su parte, el EBEP sigue recogiendo la clásica tríada de la oposición (basada en conocimientos teóricos, memorística y formalista pero muy garantista con los principios constitucionales) el concurso (sistema fácilmente manipulable) y el concurso-oposición (que es el sistema utilizado en los procesos de consolidación de empleo realizados).⁴⁵³ Pueden citarse, entre otras, las siguientes prácticas fraudulentas en los procesos selectivos:

- La rebaja en el rigor de las pruebas de conocimientos o en el umbral mínimo de la nota de aprobado.

⁴⁴⁹ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 92, y MARTÍN REBOLLO, L., Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 14. Además, si se selecciona mal al empleado público, la Administración tendrá que cargar con este error durante largo tiempo, pues es difícil que se subsane la selección equivocada con un adecuado sistema de formación y reciclaje cuya existencia es más que dudosa. (FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 12 y ss.).

⁴⁵⁰ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 16 y 17. Sobre las políticas de selección en España puede verse JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Políticas de selección en la Función Pública española*, INAP, Madrid, 1989, NIETO GARCÍA, A., *Estudios históricos...*, op.cit., y LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, IEA, Madrid, 1970.

⁴⁵¹ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 363.

⁴⁵² La historia del empleo público en España se caracteriza por la apreciable distancia entre la normativa y la práctica administrativa (GUTIÉRREZ RENÓN, A., "La carrera administrativa en España: evolución y perspectivas", *DA*, nº. 210-211, 1987, pg. 29 y ss.).

⁴⁵³ PUERTAS POMAR, E., y EMBID IBÁÑEZ, O., "Las novedades en la selección de personal como palanca de cambio para las Administraciones Públicas", *RARAP*, Monográfico XIII, pg. 171 y ss.

- La incorporación de entrevistas en las que el margen de subjetivismo y desviación es mayor que en otro tipo de pruebas.

- Excesiva relevancia a la fase de concurso frente a la fase de oposición.

- La utilización de los puntos obtenidos en la fase de concurso para entender superada la fase de oposición.

- En la fase de concurso, la sobrevaloración de ciertos méritos (un determinado máster, la experiencia profesional en el propio Ente convocante, etc.) o la infravaloración de ciertos méritos.

Por otro lado, se ha señalado también que el modelo actual está anticuado y no es operativo para unas Administraciones Públicas que prestan una amplísima variedad de servicios públicos, por lo que necesitan flexibilidad y agilidad para seleccionar a su personal.⁴⁵⁴ Así, el actual sistema de selección (especialmente las oposiciones) ha sido criticado principalmente por los siguientes motivos:

- La existencia de un modelo cerrado basado en el acceso a Cuerpos funcionariales y no a puestos de trabajo concretos, lo cual hace que la selección se base en criterios muy generalistas y no se adecue a las necesidades concretas de los puestos de trabajo.⁴⁵⁵

- La falta de agilidad de los procesos selectivos.

- El tipo de pruebas, fundamentalmente pruebas de conocimientos teóricos, que son esencialmente memorísticas y no sirven para detectar las capacidades y habilidades personales necesarias⁴⁵⁶.

En relación con el sistema cerrado de Cuerpos funcionariales, la cuestión que se plantea es si la selección debe tomar como referencia Cuerpos que comprenden un grupo de funciones estandarizadas, o bien, como sucede en los sistemas abiertos, el puesto concreto de trabajo, individualizándose entonces el proceso selectivo. Y es que los criterios de selección no pueden ser los mismos en un sistema de carrera que recluta personal de por vida y para empleos que

⁴⁵⁴ Puede citarse en este sentido a GONZÁLEZ GALLARDO, L., "El Estatuto de la Función Pública. Gestación y necesidad actual", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003, pg. 19.

⁴⁵⁵ El Informe Delphi destacó la falta de adecuación de las pruebas selectivas a los puestos de trabajo a desempeñar. (*Estudio DELPHI. La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, INAP, Madrid, 1990, y *La modernización de la Administración del Estado*, INAP, Madrid, 1991).

Algunos autores entienden que la selección de empleados públicos podría basarse en los puestos de trabajo, y no en los Cuerpos o Escalas. (ALDOMÁ BUIXADÉ, J., "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (artículos 69 a 77)", en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008, pg. 768). Sobre la definición de los sistemas abierto y cerrado puede verse RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998, pg. 21 y ss.

⁴⁵⁶ En este sentido se pronunciaba el *Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos*.

variarán con el paso del tiempo, que en un sistema abierto, basado en el reclutamiento para puestos específicos y por tiempo determinado.⁴⁵⁷

En el modelo abierto, de estilo empresarial, la selección se efectúa para cada puesto de trabajo concreto, sin oposiciones a Cuerpos generales y sin períodos de formación previa a la incorporación efectiva al puesto de trabajo, sin que se prevea una posterior carrera administrativa.⁴⁵⁸ Este modelo pretende aportar mayor rentabilidad y flexibilidad⁴⁵⁹, es más propio del personal laboral, y predomina en EEUU, Alemania e Italia. Por el contrario, el modelo cerrado, diseñado para el personal funcionario, parte de una vinculación vitalicia con la Administración Pública y la existencia de una carrera administrativa⁴⁶⁰, produciéndose el acceso mediante el ingreso en Cuerpos, de modo que el aspirante debe acreditar conocimientos generales para el potencial desempeño del ramo de puestos de trabajo asignados al Cuerpo en el que pretende ingresar, y, posteriormente, suele existir un período de formación. Se considera a la Unión Europea y Francia como sistemas más cerrados.⁴⁶¹

Como indica GUTIÉRREZ REÑÓN, en el sistema de carrera la selección no va referida a puestos concretos de trabajo, sino a actividades profesionales. Y la creación de Cuerpos debe ir precedida de un análisis de las necesidades de la organización, agrupando los puestos de trabajo de similares características. En este contexto, la articulación en Cuerpos permite seleccionar al personal simplificando los procesos selectivos (que ya no se celebran para cada puesto de trabajo individualizado⁴⁶²). En todo caso, los dos modelos expuestos no existen totalmente en estado puro en la realidad, sino que la mayoría de los Estados europeos han creado un híbrido, puesto que tienen la estructura de puestos de trabajo, pero mantienen los Cuerpos funcionariales. Así sucede en España, donde la Ley 30/1984 eliminó con carácter general la adscripción de puestos de trabajo a Cuerpos funcionariales, aunque mantiene la selección mediante pruebas de

⁴⁵⁷ De hecho, mientras que el acceso en los sistemas cerrados se produce a edades tempranas, en los sistemas abiertos suele exigirse la experiencia laboral previa, dando preferencia a las pruebas de tipo práctico.

⁴⁵⁸ GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "La carrera administrativa...", op.cit., pg. 64. En los sistemas cerrados suele haber órganos más o menos centralizados encargados de la selección del personal, mientras que en los sistemas abiertos la misma suele desconcentrarse.

⁴⁵⁹ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 28.

⁴⁶⁰ PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pg. 32.

⁴⁶¹ Así, en el modelo cerrado se trata de seleccionar a la persona para "el desarrollo de una carrera administrativa", mientras que en el modelo abierto se trata de seleccionar personal para puestos concretos, siendo éste el sistema donde han venido utilizándose técnicas como el examen del currículum vitae, los test psicotécnicos, etc. (ÁLVAREZ RICO, M., GONZÁLEZ-HABA GUIZADO, V.Mª., y ORDUÑA PRADA, E., *Administración y Empleo Público en España*, CEMCI publicaciones, Granada, 2011, pg. 416.

⁴⁶² GUTIÉRREZ REÑÓN, A., "La función del cuerpo en el sistema de carrera", *RVAP*, nº. 26, 1990.

acceso a cada Cuerpo o Escala funcional⁴⁶³. Además, dentro del personal funcionario ha existido una enorme fragmentación de Cuerpos⁴⁶⁴, así como la legislación ha permitido el uso asistemático de otros tipos de personal (laborales, contratados administrativos, interinos, etc.). La coexistencia entre todas estas figuras, sin contornos claramente definidos por la ley, se mantiene hoy en día, hasta el punto de considerar la doctrina que realmente no existe un modelo de empleo público en España, sino una sucesión de normas jurídicas sin un previo proyecto planificado⁴⁶⁵, una “función pública invertebrada”.⁴⁶⁶ La situación se agrava si se tienen en cuenta los miles de Entes Locales, que han optado por diversos modelos (funcionarizado, laboralizado, mixto)⁴⁶⁷. Algunos autores han criticado la coexistencia de ambos modelos por considerarlos incompatibles⁴⁶⁸, aunque de lo que se trata es de determinar si el sistema resultante ha combinado bien los elementos que toma de cada sistema⁴⁶⁹.

Entendemos que la selección por Cuerpos de funcionarios o categorías de personal laboral es perfectamente válida en el contexto actual. Como indica PALOMAR OLMEDA⁴⁷⁰, la selección por Cuerpos implica la consideración de que las funciones de una organización compleja como es una Administración Pública pueden reconducirse a una serie de grandes franjas funcionales asignables a dichos Cuerpos, los cuales constituyen un importante referente de especialización funcional.⁴⁷¹ Por tanto, el modelo de Cuerpos no está reñido ni con el principio de mérito y capacidad ni con la adecuación del funcionario a los puestos de trabajo,

⁴⁶³ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo en el Derecho de la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pg. 116. ESCUÍN PALOP concluye que el Cuerpo conserva su valor como elemento determinante del acceso, pero se le pretende restar protagonismo en la provisión de puestos de trabajo. (ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 138 y ss.).

La Ley 30/1984, partió de una concepción negativa del sistema de Cuerpos, al que desnaturalizó, eliminando la adscripción de puestos de trabajo a Cuerpos concretos, de manera que, cuando el funcionario ingresa después de superar un proceso selectivo, puede ser destinado a cualquier puesto. Esto, en los casos más extremos, podría dificultar la definición de la formación inicial necesaria para acceder a los Cuerpos. (GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “La función del cuerpo...”, op.cit.).

⁴⁶⁴ La enorme proliferación de Cuerpos funcionariales y el corporativismo desarrollado entorno a ellos fue mitigado por la Ley 30/1984, que suprimió y refundió muchos de ellos, y además estableció alguna norma anticorporativista.

⁴⁶⁵ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 32.

⁴⁶⁶ NIETO GARCÍA, A., *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Madrid, 1996, pg. 153.

⁴⁶⁷ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 44.

⁴⁶⁸ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, II, Organización y empleo público, Madrid, 1995, pg. 402 y ss.

⁴⁶⁹ MOREU CARBONELL, E., “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”, *RAP*, nº. 144, 1997, pg. 393.

⁴⁷⁰ PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 471.

⁴⁷¹ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo...* op.cit., pg. 118.

ya que, con la articulación de un buen sistema de carrera profesional y formación, el funcionario va adaptándose a los distintos puestos de trabajo y progresando⁴⁷². Cosa distinta es que, para determinados puestos de trabajo o para determinadas funciones, sean precisas determinadas personas que, por sus especiales conocimientos o capacidades técnicas, no puedan ser seleccionadas a través de los procesos selectivos generales. Pero este caso, si no es posible aglutinarlas en Cuerpos funcionariales o categorías laborales, debido a la especial naturaleza de las funciones a desempeñar, entonces lo que procede no es la contratación de un funcionario o de un laboral fijo, sino la contratación de personal eventual (de asesoramiento especial) o de personal directivo, según el caso de que se trate. Incluso es posible que lo que proceda es realizar un contrato administrativo de servicios si se trata de una prestación temporal en la que el contratista no tenga ajeneidad y dependencia con la Administración contratante. Pero se tratará de casos muy excepcionales, pues resulta difícil a priori creer que un empleado público seleccionado para un Cuerpo o categoría no sea capaz de desempeñar la generalidad de puestos de trabajo existentes en el Sector Público.

Por otro lado, se ha destacado la necesidad de una mayor flexibilidad en la gestión del personal y en su reclutamiento, debido a que las Administraciones Públicas actuales han sufrido una importante transformación, presidida por la exigencia de una mayor calidad y la diversificación de los servicios públicos, especialmente de carácter prestacional. Esta flexibilidad se identifica con la supresión de los procedimientos tradicionales de oposición y de las pruebas memorísticas por las entrevistas, análisis de currículum y otras técnicas propias de la empresa privada.⁴⁷³ Sin embargo, debe indicarse que:

- La causa principal de la lentitud de los procedimientos selectivos no es su complejidad procedimental, sino la lentitud con la que se tramitan por las Administraciones Públicas. No se explica que un proceso que se compone de un tipo test (a realizar en una sola sesión de tres horas) y de una baremación de méritos dure más de un año, como viene siendo habitual, lo cual contradice el principio de eficacia de las Administraciones Públicas.⁴⁷⁴

- La realidad demuestra que cuando se atribuye a los dirigentes políticos y gestores públicos una gran discrecionalidad para configurar los procesos selectivos y se les permite utilizar técnicas más modernas como las entrevistas o la elaboración de memorias, existe un riesgo relevante de que diseñen procedimientos selectivos para consumir favoritismos personales. Por ello indica LONGO que la flexibilización en la selección ha de ir acompañada de “la

⁴⁷² DEL SAZ CORDERO, S., “La laboralización de la función pública”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 154.

⁴⁷³ LONGO, F., *Mérito y flexibilidad: la gestión de las personas en las organizaciones del Sector Público*, Paidós, Barcelona, 2004, pg. 244.

⁴⁷⁴ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 208.

potenciación, también imprescindible, de las reglas, formales e informales, los mecanismos y los incentivos necesarios para fortalecer las garantías del mérito y profesionalidad del empleo público”.⁴⁷⁵ En definitiva, la implantación de nuevas técnicas de selección propias de la empresa privada no puede producirse de la misma manera en el Sector Público, por causa de su naturaleza pública y los condicionamientos políticos de sus gestores, que pueden llevar a la lesión de los principios de mérito y capacidad.⁴⁷⁶

El modelo burocrático Weberiano ha sido criticado por dar lugar a modelos rígidos que pierden eficacia y eficiencia, la cual es requerida aún más ante el nacimiento del “Estado social activo”, necesitado de unas Administraciones Públicas más eficientes y participativas. En este contexto, surge la Nueva Gestión Pública y el concepto de Gobernanza, como una nueva concepción que pretende cambiar el modelo de Administración Pública y en particular el modelo de gestión de personal, tomando como base las técnicas de las grandes empresas privadas.

Esto significa que es necesario reformar el esquema burocrático tradicional jerarquizado, introduciendo una organización más horizontal y participativa. Asimismo, la idea de eficacia y eficiencia implica la necesidad de garantizar la calidad de los servicios públicos con sistemas de medición de los resultados obtenidos.⁴⁷⁷ Al respecto, el Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre Gobernanza Europea, de 2001, postuló los principios de apertura, participación, responsabilidad, eficacia y coherencia. Como indican MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE⁴⁷⁸, el EBEP acoge la perspectiva de la Gobernanza, y regula aspectos como el personal directivo o la evaluación del rendimiento de los empleados públicos, el Código de conducta de los empleados públicos, la colaboración entre Administraciones, y el reconocimiento de nuevas técnicas de selección de los empleados públicos.

Debe reconocerse que las organizaciones administrativas han adquirido un enorme tamaño y complejidad, que existe una maraña de normativas farragosas y de procedimientos que en muchas ocasiones impiden la rápida actuación. También es cierto que existe en muchos casos una baja motivación de los empleados públicos, así como en general no se ha generalizado la implantación de sistemas de control del desempeño y la productividad de los mismos. En definitiva, en los

⁴⁷⁵ LONGO, F., *Mérito y flexibilidad...*, op.cit., pg. 274.

⁴⁷⁶ NIETO GARCÍA, A., “Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada”, *DA*, nº. 200, 1984.

⁴⁷⁷ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza y políticas de buena administración: el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, Granada, 2008, pg. 4 y ss. Sobre el tema ver PRATS, J., “Reinventar la Burocracia y construir la nueva gerencia pública”, en <http://www.iigov.org/pnud/bibliote/documentos/docu0063.htm>.

⁴⁷⁸ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza...”, op.cit., pg. 12.

países desarrollados, los sistemas de empleo público se han basado en características opuestas a las de la empresa privada, consistentes en estabilidad profesional vitalicia en la mayoría de los casos, carrera administrativa basada en antigüedad y formación y estructura unificada con reglas comunes (sobre selección, retribuciones, etc.). Sin embargo, estas características han sido criticadas por considerar que provocan ineficacia administrativa y diluyen la responsabilidad de los funcionarios, dando lugar a reformas en varios países, tendentes a reducir o incluso eliminar dichas características. Así, se elimina la estabilidad en el empleo mediante la reducción o eliminación del uso del vínculo funcional en pro del vínculo laboral, se introducen criterios de evaluación del rendimiento que inciden en las retribuciones y la carrera profesional, y se descentraliza la selección del personal⁴⁷⁹.

Pero el problema de la falta de eficacia de las Administraciones Públicas no deriva tanto de la existencia de Cuerpos funcionariales y de procesos selectivos reglados e institucionales, sino más bien de otros factores, como:

- La deficiente planificación de recursos humanos. Ésta es inexistente en muchos Entes, especialmente en los Entes locales, así como en otros casos está viciada por fenómenos de corrupción, destacando el caso de la creación de plazas para ser cubiertas por determinadas personas, por ejemplo, cuando se avecinan cambios políticos que vendrán acompañados de ceses de cargos eventuales.

- El diseño de las Relaciones de Puestos de Trabajo basadas en puestos de trabajo descritos de manera detallada y minuciosa, lo cual provoca que la organización de los recursos humanos sea rígida⁴⁸⁰. Y esto ocurre no solamente con los puestos funcionariales, sino también con la descripción de los puestos laborales, tanto en la RPT como en los convenios colectivos que recogen las funciones propias de cada categoría profesional.

- La falta de una adecuada política de incentivos de productividad y la inexistencia de métodos para medir el rendimiento. Da igual cómo seleccionemos al personal si después no hay una política de eficacia y rendimiento. Es más, esta política puede incidir en la productividad del empleado independientemente de cuál haya sido el proceso de selección y al margen de que se trate de personal permanente o no. Al funcionario se le acusa (a veces con razón) de no entregarse adecuadamente a sus funciones por creer que su estabilidad profesional le ampara. Pero si percibe que sus retribuciones económicas pueden verse realmente afectadas por su productividad, la cuestión puede cambiar de manera relevante. Ahora bien, el problema radica también en fijar un sistema de retribución de la productividad objetivo y sin favoritismos.

- El excesivo número de mandos intermedios, por lo que se recomienda el

⁴⁷⁹ VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección y Gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Tecnos, Madrid, 2009, pg. 100.

⁴⁸⁰ VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección...*, op.cit., pg. 97.

aplanamiento de las estructuras, con reducción de estos cargos.⁴⁸¹

- La insuficiente utilización de los mecanismos sobre reasignación de efectivos previstos en la legislación vigente, para asignar al personal a aquellos puestos de trabajo donde realmente es necesario.

Por otro lado, no puede prescindirse de los procesos selectivos detalladamente reglados alegando que ello favorece la eficacia. Como se ha indicado, la lentitud de los procesos selectivos no es inherente a la existencia de un procedimiento selectivo pleno en garantías procedimentales, sino que proviene de la actuación de los órganos convocantes y tramitadores de los procesos selectivos, que no respetan los plazos y no actúan con la rapidez e inmediatez necesaria.

Y, por otro lado, se pueden simplificar trámites o reducir plazos por la normativa reguladora. En todo caso, siempre tendrá que tramitarse un proceso selectivo, estructurado como un procedimiento administrativo, es decir, integrado por varios pasos y trámites formales, porque es imprescindible para salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Otra cosa es que sea deseable incorporar innovaciones en los procesos selectivos, pero con las debidas garantías procedimentales y sin prescindir del mayor peso de las pruebas de conocimientos (teóricos y prácticos). Como indica RECIO SÁEZ DE GUINOA y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, “las nuevas técnicas de selección del personal realizan un diagnóstico de las habilidades, capacidades, competencias y destrezas de los aspirantes antes”, pero “al mismo tiempo, se reconoce que la oposición ha sido un método de selección que ha conseguido un elevado rango de legitimación social debido al alto nivel de objetividad de sus resultados”.⁴⁸²

2.- LA OPOSICIÓN

2.1.- La preferencia por la oposición

El sistema de oposición se define por su carácter competitivo, basado en la valoración de los aspirantes a través de ejercicios y exámenes y la determinación de la preferencia en virtud de las calificaciones obtenidas en dichos exámenes.⁴⁸³ Por tanto, dado el carácter limitado de las plazas que oferta la Administración, no

⁴⁸¹ VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección...*, op.cit., pg. 98.

⁴⁸² RECIO SÁEZ DE GUINOA, J.Mª., y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L., “Líneas generales del Anteproyecto de la nueva ley de empleo público de Aragón”, *RARAP*, Monográfico XIII, 2011, pg. 81.

⁴⁸³ JUNQUERA GONZÁLEZ, J, “El sistema de oposición”, *RDA*, nº. 137, 1970, pg. 24 y ss.

se trata sólo de superar los exámenes, sino que serán seleccionados los aspirantes que hayan obtenido las mejores puntuaciones.

Sobre el sistema de las oposiciones, ya señalaba SERRANO GUIRADO⁴⁸⁴, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, que “es la garantía máxima de acierto al presente admitida por la Administración en todos sus órdenes para contrastar la aptitud y méritos de los aspirantes”.⁴⁸⁵ Sin embargo, el sistema de oposiciones también ha recibido críticas⁴⁸⁶, siendo éstas las principales:

- Basarse en pruebas puramente memorísticas (exposición oral o escrita de temas), e incluso patológicamente memorísticas⁴⁸⁷, sin realización de pruebas prácticas, de modo que no se analizan otras facultades de los aspirantes, como sus aptitudes psicológicas y de capacidad de adquirir nuevos conocimientos, la capacidad de iniciativa, la honradez, la capacidad de trabajo en equipo, etc.⁴⁸⁸ A este respecto, MORELL OCAÑA⁴⁸⁹ considera paradójico que la empresa privada exija experiencia profesional y la Administración Pública solamente requiera teoría y conocimientos, lo cual constituye, a su juicio, una inercia de tiempos pasados en los que el sistema docente proporcionaba un nivel de conocimientos suficiente para ejercer las distintas profesiones.

- Dichas pruebas teóricas no suelen estar muy relacionadas con las funciones o tareas que los aspirantes van a desempeñar en la Administración.⁴⁹⁰

Ya SIGUAN SOLER⁴⁹¹ en la década de los sesenta se planteaba cuestiones tales como qué relación hay entre el trabajo de peón caminero y el temario habitual de su oposición, o cómo podría valorarse la capacidad de tratar con el público, tan necesaria en muchos puestos de trabajo en los que se atiende al público.

⁴⁸⁴ SERRANO GUIRADO, E., *El régimen de oposiciones...*, op.cit., pg. 1 y ss.

⁴⁸⁵ En la misma línea, MAURI MAJÓS, J., “El acceso al empleo público”, en AA.VV., *Manual de Empleo Público*, Dir. CASTILLO BLANCO, F.A., Coord. QUESADA LUMBRERAS, J.E., Iustel, Madrid, 2009, pg. 303.

⁴⁸⁶ Ya en los años 50 y 60 se manifestaron críticas en la doctrina, pudiendo destacarse, como exponentes del momento, GONZÁLEZ PÉREZ., J., “La selección...”, op. cit., OLIVA Y DE CASTRO, A., “Selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios”, en AA.VV., *III Semana de Estudios de la Reforma Administrativa*, Madrid, 1963, y SIGUÁN SOLER, M., “La selección para el ingreso en la Administración Pública”, *DA*, nº. 26, 1960.

⁴⁸⁷ PARADA, VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 143.

⁴⁸⁸ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 269.

⁴⁸⁹ MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política...*, op.cit., pg. 153.

⁴⁹⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso al empleo público*, CEF, Madrid, 2005, pg. 36, y ORTEGA ÁLVAREZ, L., “Introducción”, a PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 9.

⁴⁹¹ SIGUÁN SOLER, M., “La selección para el ingreso en la Administración Pública”, *DA*, nº. 26, 1960.

Al respecto, es cierto que las reformas legislativas se han esforzado en corregir esta deficiencia, y así el artículo 19.1 de la Ley 30/1984 estableció la necesidad de velar en el proceso selectivo por la adecuación entre el tipo de prueba a superar y el puesto a cubrir o la tarea a desempeñar. También el EBEP ha dispuesto en su artículo 61.2 que *“los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas. (...)”*. Y, para las pruebas en el ámbito de la Administración General del Estado, el artículo 5.2 del Real Decreto 364/1995 dispone que *“salvo excepciones debidamente justificadas, en los procedimientos de selección que consten de varios ejercicios, al menos uno deberá tener carácter práctico”*.

Las críticas anteriormente expuestas pueden superarse, debiendo destacarse lo siguiente:

1.- Como indica SANTAMARÍA PASTOR⁴⁹², las pruebas de conocimiento siguen siendo indispensables en los Cuerpos superiores, que se nutren de universitarios, pues la finalidad de los ejercicios consistentes en la exposición de temas tienden a garantizar la igualdad de los aspirantes (que han de exponer un mismo tema en un espacio igual de tiempo) y exige una preparación más allá de la que proporciona la Licenciatura o el Grado. Efectivamente, aún hoy, podemos considerar vigente la opinión del citado autor, de que la fase de estudios universitarios “no es un período de acumulación de informaciones, sino de construcción de la máquina de pensar (...)”, mientras que “la oposición es una técnica de aprendizaje del procedimiento de acumulación sistemática y masiva de informaciones, en un nivel de conocimientos de intensidad y profundidad sin parangón con los que se asimilan durante la licenciatura, y a un ritmo de aprehensión igualmente muy superior; este procedimiento de acumulación de informaciones es algo que no se asimila en la Universidad; que es necesario para un trabajo intelectual como el requerido por la función pública, y que sólo las pruebas de conocimiento proporcionan”. A este valor añadido de adquisición de conocimientos más allá de la titulación oficial se refiere también PARADA VÁZQUEZ.⁴⁹³

⁴⁹² SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo a ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 4 y ss.

⁴⁹³ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 143.

El sistema de oposiciones, como ha señalado MARTÍN REBOLLO⁴⁹⁴, al menos en el caso de los empleos públicos que exigen titulación universitaria, procura seleccionar personas con un determinado grado de madurez intelectual y humana y con capacidad de sistematización y síntesis, con un volumen de conocimientos sistemáticamente adquiridos, que implican un bagaje intelectual mucho mayor que el adquirido durante los estudios universitarios. Por tanto, no se trata de demostrar todos los conocimientos específicos y prácticos de los puestos de trabajo que se van a desempeñar en un determinado Cuerpo o Categoría (lo cual sería imposible), sino que lo que se evalúa es la asimilación de los conocimientos generales necesarios en el Cuerpo funcional o categoría profesional y las aptitudes de raciocinio y sistematización intelectual. Y no olvidemos que esto ya implica una importante especialización profesional.

De hecho, como señala SANTAMARÍA PASTOR⁴⁹⁵, las pruebas selectivas deben entenderse como un trámite no suficiente, en el sentido de que proporcionan personas dotadas con un cierto nivel de comprensión, razonamiento y memoria, y hechas a un trabajo tenaz y disciplinado, de manera que la especialización es un plus a conseguir posteriormente a la incorporación del funcionario a su puesto de trabajo.

La selección basada en conocimientos se ha venido haciendo acertadamente en general en las Administraciones Públicas.⁴⁹⁶ Lo que sucede es que en los últimos tiempos se aprecia la necesidad de tomar en consideración también las habilidades y actitudes de las personas. A tales efectos, y especialmente en cuanto se refiere a la selección de personal con responsabilidad media-alta, existen técnicas de selección como los *assessment centers* (que utilizan juegos de rol y casos prácticos). Pero quizás estas nuevas técnicas de selección son más propias del reclutamiento de directivos y altos cargos.

2.- Muchos procesos selectivos incluyen, después de la fase de oposición, un período de prácticas o una estancia en una Escuela, que incluso tienen carácter eliminatorio.

3.- Muchos procesos selectivos incluyen ejercicios prácticos⁴⁹⁷, que suelen tener en cuenta las cuestiones que habitualmente se plantean en las tareas a realizar por los Cuerpos o categorías profesionales a los que se pretende acceder, y que un simple Licenciado tendría serias dificultades para resolver, si, mediante la preparación de la oposición, no ha perfeccionado sus conocimientos y ha añadido

⁴⁹⁴ MARTÍN REBOLLO, L., Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 15.

⁴⁹⁵ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo, op.cit., pg. 4 y ss.

⁴⁹⁶ VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección...*, op.cit., pg. 97.

⁴⁹⁷ De hecho, el propio artículo 61.2 EBEP establece que "*los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas*".

un entrenamiento sobre supuestos prácticos. En todo caso, no puede pretenderse que el opositor conozca todos y cada uno de los asuntos con que va a encontrarse en el trabajo, sino que sea capaz de afrontar la temática general propia del Cuerpo o Categoría al que aspira (que ya de por sí es especializada), y que le permitirá ingresar en los puestos base de dicho Cuerpo o Categoría, pues la obtención de puestos más elevados le vendrá dada por la carrera administrativa, que prima también otros factores más allá de los simples conocimientos.

4.- Además, la existencia de pruebas teóricas (que implican una labor de memorización) viene determinada por la necesidad de acreditar que se conoce la vasta normativa de fondo y de procedimiento a que se somete la Administración en el Estado de Derecho (contratación administrativa, gastos públicos, etc.), establecida precisamente en garantía del interés público.⁴⁹⁸

5.- Los hechos han demostrado además que cuando las empresas privadas de gran envergadura y compleja organización⁴⁹⁹ necesitan reclutar a personal en grandes cantidades, acaban por tramitar sistemas muy similares a la oposición. Es más, incluso eligen a quienes han superado las oposiciones en las Administraciones Públicas.⁵⁰⁰

6.- Como indica GARRIDO FALLA⁵⁰¹, precisamente lo que no se ha podido demostrar es que el sistema de oposiciones haya dado malos resultados en la selección de personal, sino que “cualquiera que tenga una mínima experiencia de la Administración Pública habrá podido percibir cómo, en términos generales, la valía personal de los componentes de los distintos Cuerpos del Estado está en relación estrecha con la rigurosidad de las oposiciones que sirven de ingreso”. Esto es un hecho indiscutible.

7.- Finalmente, como ha indicado SÁNCHEZ MORÓN, la alternativa a la rigidez de las oposiciones es “muchas veces un concurso-oposición orientado y organizado en beneficio de clientelas políticas o sindicales o el simple concurso sin garantías de igualdad para ingresar en el empleo público o bien para acceder a la condición de funcionario público, vía funcionarización o «promoción cruzada» (curiosas expresiones), por quienes fueron agraciados con un contrato laboral sin muchas garantías de igualdad en el ingreso.⁵⁰²

⁴⁹⁸ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1438.

⁴⁹⁹ Pensemos hoy en Entidades Bancarias, grandes despachos de abogados o Consultoras o Auditoras. Por ejemplo, las Entidades bancarias suelen realizar procesos masificados con varias fases y ejercicios: test psicotécnico, dinámica de grupo, entrevista, etc.

⁵⁰⁰ Pensemos en el éxodo de Inspectores de Trabajo, de Hacienda o Abogados del Estado hacia los grandes despachos de abogados.

⁵⁰¹ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1438.

⁵⁰² SÁNCHEZ MORÓN, M., “El empleo público en España: problemas actuales y retos del futuro”, *RARAP*, nº. 4, 2001.

En definitiva, como señala GARRIDO FALLA⁵⁰³, “las oposiciones son la única institución democrática que tradicionalmente ha venido funcionando en nuestro país”, siendo un sistema que permite no solo nombrar al que más méritos tiene, sino comprobar que efectivamente tiene tales méritos. Y es que las oposiciones han sido el sistema más eficaz de promoción y movilidad social que ha existido en toda nuestra historia.⁵⁰⁴

En esta línea, según DE LA MORENA Y DE LA MORENA⁵⁰⁵, el sistema de oposición es el único en que se cumplen íntegramente los principios de objetividad, publicidad, igualdad de oportunidades y se elimina cualquier riesgo de favoritismos. También el Consejo de Estado, en el Informe sobre el Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública (1999) señaló que “la oposición presenta mejor adecuación al sistema de carrera, asegura mayor objetividad al consistir en pruebas iguales para todos los aspirantes y facilita la selección de colectivos numerosos y homogéneos”. En virtud de estas razones, el Consejo estima que “sería conveniente establecer la oposición como sistema ordinario de ingreso del personal funcionario”. Y no debe olvidarse que existe una clara relación entre el sistema de oposición y los Cuerpos funcionariales más prestigiosos⁵⁰⁶, de modo que históricamente el haber superado una dura oposición ha dado prestigio a dichos Cuerpos.

Cuestión distinta es que el sistema de oposiciones pueda ser mejorado, en cuanto a una tramitación más ágil, así como en relación al contenido y tipo de pruebas a realizar, cuestiones estas que se analizan en esta tesis doctoral.

Por otro lado, y debido en buena parte a la configuración de la actual legislación vigente, las oposiciones presentan un serio problema, consistente en el riesgo de verse “falseadas” mediante dos circunstancias:

1) El diseño de pruebas más o menos ridículas, o enfocadas a favorecer a determinadas personas. Así, la devaluación del sistema de oposiciones⁵⁰⁷ se ha

⁵⁰³ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1438.

⁵⁰⁴ SANTAMARÍA PASTOR, citado por MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 46.

⁵⁰⁵ DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “El acceso...”, op.cit., pg. 784.

⁵⁰⁶ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pgs. 108 y 137.

⁵⁰⁷ Y debe reconocerse que el falseamiento de las oposiciones (y también el mal uso de los procedimientos de concurso y de concurso-oposición) ha producido importantes quiebras en el sistema de mérito y capacidad, que han devaluado la imagen del sistema de selección que tienen los ciudadanos, así como la imagen del propio colectivo funcional. Como indica NIETO “el ciudadano respetaba al funcionario por la simple razón de haber ganado unas oposiciones que él no se había arriesgado a celebrar (...) pero desde hace algún tiempo esta legitimación ha desaparecido. El ciudadano sabe cómo ingresan en la Administración los interinos, cómo se integran masas de funcionarios de Cuerpos antiguos, cómo se han suprimido formalmente los ejercicios o convertido en una farsa. Y es así como se ha perdido el respeto y retirado la consideración a quien ya ha dejado de reconocerse una superioridad intelectual”. (NIETO GARCÍA, A., *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984, pg. 103).

producido en la propia etapa democrática, en buena parte por la voluntad de consolidar a las masas de empleados públicos temporales⁵⁰⁸ relajando las exigencias en las pruebas selectivas, de manera que las oposiciones se ven desplazadas por los procesos de concurso-oposición con sobrevaloración del mérito de los servicios prestados y con exámenes fáciles y prácticamente simulados

2) Un entendimiento equivocado del significado de la discrecionalidad técnica, consistente en considerar que lo que decida el órgano de selección acerca de la valoración que merece el examen realizado por un candidato es indiscutible y no susceptible de ulterior control judicial, lo cual deja la puerta abierta para la arbitrariedad y el trato desigual de los distintos candidatos.

Ahora bien, estos dos problemas no son consustanciales al sistema de oposición, sino que afectan a otros aspectos que deben configurarse adecuadamente en los procesos selectivos: la imparcialidad de órgano de selección, el diseño de procesos selectivos ajustados a los principios de mérito y capacidad y no diseñados *ad personam*, y el control jurisdiccional de los procesos selectivos. Si todos estos aspectos funcionan adecuadamente, entonces la oposición permitirá seleccionar a los aspirantes con mayor mérito y capacidad.

Respecto a la legislación vigente, nos referiremos aquí al personal funcionario, pues el personal laboral es objeto de análisis en el Capítulo 5 de esta tesis doctoral. En cuanto a los funcionarios de la Administración General del Estado, es el Real Decreto 364/1995 el que estableció que *“la oposición será el sistema ordinario de ingreso, salvo cuando, por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso”*.

Por lo que se refiere a las Comunidades Autónomas, han tomado diferentes opciones. Así, predominan las Comunidades Autónomas cuya ley de función pública no establece preferencia entre ambos sistemas selectivos⁵⁰⁹, si bien en

⁵⁰⁸ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg.137.

⁵⁰⁹ Es el caso de la Ley 6/1985, de 38 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, el Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura, la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, y el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra.

algunas Comunidades Autónomas se da preferencia al sistema de oposiciones.⁵¹⁰ Otras Comunidades Autónomas atribuyen preferencia al sistema de oposiciones, pero a nivel reglamentario, como es el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁵¹¹. Además, en el caso de las Comunidades Autónomas que dan preferencia al sistema de oposición, prácticamente todas contienen la cláusula que admite el concurso-oposición cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar sea más adecuada la utilización del mismo. Esta cláusula indeterminada da lugar a que en la práctica se eluda el sistema de las oposiciones. Por otro lado, hay Comunidades Autónomas que a nivel reglamentario han optado por dar preferencia al sistema de concurso-oposición.⁵¹²

En cuanto se refiere a los Entes Locales, y respecto de los funcionarios con habilitación de carácter estatal, la actual regulación básica estatal para este tipo de funcionarios, contenida en la Disposición Adicional Segunda EBEP, no establece preferencia por ningún sistema, sino que se remite a lo que dispongan las Comunidades Autónomas, dentro del respeto al EBEP, que no establece preferencia entre la oposición y el concurso-oposición.⁵¹³ Uno de los motivos por los que la legislación básica no establece nada al respecto, es que se ha dejado la materia a lo que dispongan las Comunidades Autónomas, lo cual puede plantear el problema ya indicado por SÁNCHEZ MORÓN⁵¹⁴, de que si las Comunidades Autónomas no establecen los mismos procedimientos de selección y las mismas exigencias, puedan verse primados aquéllos que obtengan la habilitación estatal mediante las pruebas menos exigentes.

⁵¹⁰ Es el caso de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, y la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja.

⁵¹¹ Cuyo Decreto Legislativo 1/1990 no establece preferencia, siendo el Decreto 201/1995 el que dispone, respecto de los funcionarios, que la oposición será el sistema ordinario de ingreso.

⁵¹² Como es el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, cuyo Decreto 2/2002, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, establece como sistema preferente el concurso-oposición.

⁵¹³ La Disposición Adicional Segunda EBEP, que derogó lo dispuesto al respecto en la LBRL. Según dicha Disposición Adicional, *“los funcionarios con habilitación de carácter estatal se regirán por los sistemas de acceso, carrera, provisión de puestos y agrupación de funcionarios aplicables en su correspondiente Comunidad Autónoma, respetando lo establecido en esta Ley”*. Solamente especifica que *“es de competencia de las Comunidades Autónomas la selección de dichos funcionarios, conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas”*.

Por su parte, el Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, sobre régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional admitía ambos sistemas sin establecer preferencia entre ambos.

⁵¹⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 75.

Respecto de los funcionarios locales que no requieren habilitación de carácter nacional, la Ley 7/1985 no se pronuncia específicamente por ningún sistema de selección, siendo el Real Decreto 896/1991⁵¹⁵ el que dispone, en su artículo 2 (que constituye normativa básica), que *“el ingreso en la función pública local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso”*. Atribuye, por tanto, preferencia a la oposición. Y la elección de un sistema que no sea el de oposición sólo es válida si así resulta de *“la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar”*.

Pero la vigencia del concurso-oposición y del concurso en el ámbito de los funcionarios propios de los Entes Locales ha sido una cuestión debatida, tal y como se refleja en lo expuesto por el Defensor del Pueblo Andaluz en el Informe del ejercicio 2005 (queja 05/1288), que señala que, en desarrollo de los artículos 91 y 100 de la Ley 7/1985, el artículo 2 del Real Decreto 896/1991, con el carácter de legislación básica, establece como sistema general el de oposición y limita la utilización del sistema de concurso-oposición, y más aún el de concurso, a los casos excepcionales en los que la naturaleza de las plazas o de las funciones sean éstos lo más adecuados.

Además, la Ley 53/2002, modificó el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local⁵¹⁶, considerando básicos los artículos 167 y 169 del mismo. El artículo 169.2 del citado Texto Refundido establecía en origen que el ingreso en las subescalas Técnica, Administrativa y Auxiliares de la Escala de Administración General se hará por oposición libre (letras a, b, c), hasta tanto la Administración del Estado dictara las normas reglamentarias a que hacía referencia el artículo 100.2 de la Ley 7/1985. Concluye el citado Defensor que, al haberse considerado básico, dicho artículo 169 recobra su fuerza, desplazando al Real Decreto 896/1991, por lo que las vacantes de las plazas de las subescalas Técnica, Administrativa y Auxiliar de la Escala de Administración General tienen que estar provistas únicamente mediante el sistema de oposición libre, sin que quepa usar ya el concurso-oposición (ni siquiera motivándolo) ni el concurso.

Las irregularidades cometidas en el ámbito de los Entes Locales han sido tantas, que el Defensor del Pueblo se pronunció al respecto en su Recomendación 27/2004, con ocasión de las numerosas quejas presentadas contra los Entes locales que optaban por el concurso o concurso-oposición en lugar de utilizar el sistema de oposición, sucediendo que, además, las bases se elaboraban de modo que favorecían a determinados aspirantes. Decía el Defensor del Pueblo que, dado que el problema detectado podría eliminarse, en gran parte, con una actuación

⁵¹⁵ Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

⁵¹⁶ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril.

concreta del Ministerio de Administraciones Públicas, había procedido a iniciar una investigación de oficio. Destacaba, en primer lugar, el Defensor que en los artículos 97 y 102 de la LBRL hay una reiterada mención a la oposición como sistema de selección ordinario, puesto que dichos artículos hacen referencia a las “pruebas de acceso” y “pruebas de selección” y “pruebas selectivas”, lo cual no es posible en el concurso.

Además, el Real Decreto 896/1991 sobre funcionarios propios de los Entes Locales sí establece expresamente como sistema preferente el de oposición, entendiendo en consecuencia el Defensor que “las Corporaciones Locales no tienen discrecionalidad para elegir el sistema que quieran emplear en cada momento”. Sin embargo, el citado Real Decreto también permitía utilizar el concurso y el concurso-oposición cuando fueran más adecuados “por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar”, que es la cláusula a la que han venido acogiéndose los Entes Locales para utilizar preferentemente estos dos sistemas, incluso sin motivar esta decisión. Al respecto, indica el Defensor del Pueblo que “no existe un precepto concreto que obligue a las corporaciones locales a tener que incluir en las bases de la convocatoria la justificación o la motivación de la opción por el concurso o concurso-oposición por lo que (...) sería necesario que haya expresamente esta obligación”.⁵¹⁷

Respecto del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud opta por el sistema de concurso-oposición, al disponer que “la selección del personal estatutario fijo se efectuará con carácter general a través del sistema de concurso-oposición. La selección podrá realizarse a través del sistema de oposición cuando así resulte más adecuado en función de las características socio-profesionales del colectivo que pueda acceder a las pruebas o de las funciones a desarrollar. Cuando las peculiaridades de las tareas específicas a desarrollar o el nivel de cualificación requerida así lo aconsejen, la selección podrá realizarse por el sistema de concurso”.

En cuanto al personal docente no universitario, la Disposición Adicional Undécima de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, dispuso que *“el sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas”*. Esta preferencia por el concurso-oposición ha sido ratificada por la posterior Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuya Disposición Adicional Duodécima ha dispuesto que *“el sistema de ingreso en la función pública docente será el de concurso-oposición convocado por las respectivas Administraciones educativas. En la fase de concurso se valorarán, entre otros méritos, la formación académica y la experiencia docente previa”*. Respecto del

⁵¹⁷ En esta misma línea, PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pgs.123 y 124.

Cuerpo de inspectores de educación también ha dispuesto, en la citada Disposición Adicional, que el acceso se realizará mediante concurso-oposición.

Por lo que se refiere al personal de administración y servicios de las Universidades, la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (en la redacción resultante de la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007) en su artículo 75 no establece ninguna prelación entre los sistemas de oposición y concurso-oposición.⁵¹⁸

Debe destacarse finalmente que el Estatuto Básico del Empleado Público ha puesto fin a la prelación del sistema de oposición sobre el concurso de méritos, al equipararlos para la función pública en su artículo 61.6.⁵¹⁹

2.2.- Las pruebas o exámenes

Las oposiciones y la fase de oposición del concurso-oposición se componen de pruebas para apreciar los conocimientos y capacidad de los aspirantes, excepto en el caso del concurso, que consiste únicamente en la valoración de méritos. Sobre las pruebas, indica el artículo 61.2 del Estatuto Básico del Empleado Público que *“las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas”*.

En cuanto se refiere a las pruebas de comprobación de conocimientos y capacidad analítica, las mismas pueden realizarse, como indica el citado artículo 61.2, de forma escrita u oral, y la forma escrita incluye tanto las pruebas de desarrollo escrito, como las que usan el formato tipo test. Estas últimas vienen generalizándose en la medida en que aumentan las masas de ciudadanos que concurren a los procesos selectivos, entre otros motivos por la facilidad que comporta su realización y corrección. En efecto, en un breve lapsus de tiempo

⁵¹⁸ Como ejemplo del uso abusivo del concurso-oposición en el ámbito universitario, puede citarse la Resolución 10 de septiembre de 2007 del Justicia de Aragón, en la que recomendó a una Universidad adoptar la oposición como mecanismo habitual de selección para la selección de sus funcionarios, basándose en la normativa aragonesa (aplicable supletoriamente respecto de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades). Indica así el Justicia de Aragón que el procedimiento ordinario para el ingreso en los diferentes Cuerpos de administración y servicios de dicha Universidad debe ser el de oposición y que únicamente en supuestos excepcionales cabe el recurso al procedimiento de concurso-oposición. Y concluye el Justicia de Aragón que “resulta difícil aceptar que dicha necesidad concurre en absolutamente todos los Cuerpos que integran el personal de administración y servicios de la Universidad”.

⁵¹⁹ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, Pamplona, 2009, pg. 182.

(horas) los miles de aspirantes se examinan, y a continuación los test son corregidos por medios automatizados.

Otra ventaja de las pruebas tipo test es que reducen el ámbito de subjetividad y discrecionalidad del órgano de selección (en relación con las pruebas orales o escritas), pues las preguntas y respuestas están predeterminadas. Además, se facilita el control judicial en dos aspectos: en primer lugar, dado que las respuestas correctas están preestablecidas, si hay errores en la corrección de algún examen, es fácil subsanarlos. En segundo lugar, en la medida en que el test versa sobre materias técnicas, es posible también analizar la validez de las respuestas que el Ente convocante ha considerado correctas. Siempre, claro está, que no se sustente la trasnochada doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección.

Sin embargo, como principal desventaja de las pruebas tipo test debe destacarse el hecho de que no favorecen los conocimientos profundos y sistemáticos, y no permiten apreciar tan manifiestamente las facultades de razonamiento, exposición y desarrollo de los opositores, que ya no tienen ni siquiera que utilizar sus capacidades de redacción y exposición de ideas. Además, se requiere un menor grado de estudio, puesto que los cuestionarios tipo test no dan lugar a muchas divagaciones u opiniones sobre la materia objeto de estudio, ni exigen una exposición sistemática de conocimientos. Estas circunstancias son destacadas por PÉREZ LUQUE⁵²⁰, quien indica que cuando no se utiliza el sistema de los test, el número de opositores se reduce.

En cuanto se refiere a los ejercicios escritos y orales, puede concluirse que tienen la ventaja de que permiten apreciar la formación general del opositor, y valorar su forma de razonar y de exponer las diversas cuestiones⁵²¹, de modo que facilitan la valoración de esas capacidades tan importantes para determinados puestos de trabajo, especialmente de los Cuerpos y Categorías más elevados. Como desventaja, puede señalarse el hecho de que implican una mayor labor de valoración discrecional por parte del órgano de selección. Sin embargo, esta desventaja queda neutralizada si se asegura la imparcialidad del órgano de selección, la total transparencia de la prueba, así como el control judicial de la actuación de dicho órgano.

Por tanto, en función de la naturaleza de las funciones de cada Cuerpo o Categoría, podrán utilizarse cuestionarios tipo test o realizarse pruebas orales o escritas. Lo realmente determinante son dos circunstancias. En primer lugar, que el órgano que diseña el proceso selectivo lo haga de manera imparcial, de modo que no se produzcan diseños de procedimientos selectivos *ad personam*, donde se rebaje el nivel de exigencias de las pruebas para favorecer a personas o colectivos

⁵²⁰ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 325.

⁵²¹ Op.cit., pg. 326.

concretos. En segundo lugar, que el órgano de selección sea imparcial en la valoración de las pruebas.

Debe hacerse una referencia expresa a las pruebas de conocimientos generalistas que han venido realizándose en los procesos selectivos de acceso a Cuerpos funcionariales y Categorías laborales inferiores, procesos que suelen ser de afluencia masiva, y en los que las Administraciones están interesadas, por cuestiones de eficacia, en realizar una criba rápida. En este contexto, se ha llegado a extremos desproporcionados, exigiéndose el conocimiento de óperas, ciudades de nacimiento de escritores o incluso toreros, etc., lo cual resulta totalmente desajustado con las funciones propias de los puestos de trabajo a desempeñar, y además es inconstitucional, por no valorarse adecuadamente el mérito y capacidad realmente requerido para tales puestos de trabajo.

El problema se debe al interés de las Administraciones Públicas en realizar cribas rápidas entre las grandes masas de aspirantes que se presentan a los procesos selectivos, especialmente en el caso de Cuerpos y Categorías inferiores. Pero no se trata de eliminar a aspirantes a toda costa, sino de seleccionar a los más capaces y con más méritos, en relación con el empleo público de que se trate. Y para dar cumplimiento a este objetivo también hay pruebas de rápida realización que pueden proporcionar cribas rápidas pero adecuadas a los principios constitucionales de mérito y capacidad.⁵²²

Así, en los Cuerpos y Categorías inferiores, deben mantenerse los exámenes sobre conocimientos de Constitución Española y Derecho Administrativo, porque es la manera más segura de garantizar que el aspirante conoce los principios esenciales de la organización en la que va a integrarse⁵²³, y esto es necesario incluso en los Cuerpos y categorías inferiores, pues no hablamos de las características, estructura o valores de una empresa, sino del sistema constitucional español, cuyas características, aunque sea de manera elemental, deben ser efectivamente conocidas por todos los empleados públicos.

Además, deben utilizarse también, en los puestos que no sean de meros oficios, los ejercicios escritos de redacción y ortografía⁵²⁴, pues los empleados públicos deben saber confeccionar los escritos sin faltas de sintaxis u ortografía. Lo que sí debe prohibirse por ley es el establecimiento de pruebas de conocimientos de cultura general no relacionados directamente con las funciones propias del Cuerpo o Categoría. A este respecto puede citarse la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, nº. 79/2008, de 24 abril, que se refiere a la no

⁵²² En este sentido, FONDEVILA ANTOLÍN postula las pruebas psicotécnicas y de simulación tendentes a comprobar las aptitudes de los opositores. (FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 162).

⁵²³ PUERTA SEGUIDO, F., "El acceso al empleo público", en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pg. 473 y ss.

⁵²⁴ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 338.

necesidad, en principio, de temario para las preguntas de cultura general en los exámenes de oposición, las cuales, en principio, se adaptan a los requisitos de estar en posesión del certificado de escolaridad o equivalente, y la tenencia de dicha titulación, que se ajusta a planes de enseñanza reglados y de general aceptación, lo cual no provoca incertidumbre si el cuestionario que se ciña a este tipo de preguntas.

Ahora bien, la sentencia señala que “ello sería así siempre que se contemplasen como complemento de la búsqueda de conocimientos de otra naturaleza, los propios de la plaza convocada, condición que en este caso no se cumple, vista la amplitud de las mismas: un total de 42 sobre las 55 que comprende la prueba en una desproporción absoluta”. Además, añade que “al hilo de lo anterior, y que abunda en la necesaria existencia de un programa o temario, examinado el tenor de las preguntas de la prueba -folios 52 a 59-, la Sala observa también que en el conjunto de las preguntas que se refieren a cultura general se encuadran algunas de cultura sobre geografía, historia, arqueología o arte regionales o de carácter local (preguntas 2, 3, 4, 23, 32, 37, 42, 45 y 47) y no se puede afirmar que sean sobre conocimientos generales sino más bien particulares, siendo exigible la misma formulación con el apoyo en un temario que oriente su previsión”.

Por otro lado, en cuanto se refiere a los ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, debe indicarse que no existe una definición legal de los conceptos de habilidades y destrezas.⁵²⁵ Al respecto, y siguiendo a GORRITI, M., y TOÑA, F.⁵²⁶, puede señalarse que los especialistas que elaboran los perfiles profesionales que se han de tener en cuenta en los procesos de selección de personal suelen distinguir las siguientes categorías:

⁵²⁵ En todo caso, la doctrina se ha esforzado por distinguir los conceptos de mérito y capacidad. A este respecto, MORELL OCAÑA ha señalado que la capacidad puede definirse, en lenguaje ordinario, como la aptitud de la persona para realizar un quehacer concreto. Sin embargo, critica que el significado que predomina en el ámbito de la selección para empleos públicos es que la capacidad consiste en los requisitos de acceso a las pruebas selectivas y que se establecen con carácter general en las normas reguladoras de la función pública y de los Cuerpos funcionariales. En cambio, los méritos sí se acreditan posteriormente, mediante las pruebas competitivas, y se aprecian por los órganos de selección mediante criterios de ciencia o técnica.

A juicio del citado autor, los méritos se han objetivado tanto que ya no se trata de seleccionar al aspirante más idóneo, sino que se entiende que el que posee más méritos es el más idóneo. Sin embargo, indica que en las profesiones se valora no solamente la posesión de méritos, sino también el saber utilizarlos y el modo en que se utilizan. En los procesos selectivos, concluye, se valora el esfuerzo, pero no la idoneidad. (MORELL OCAÑA, L., *El sistema de la confianza política...*, op.cit., pg. 156 y ss.). En este sentido, también critica a los procesos selectivos que no toman en cuenta la distancia que media entre el título académico y la especialidad profesional de que se trate (Op.cit., pg. 162).

⁵²⁶ GORRITI, M., y TOÑA, F., “El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *PGP*, nº. 41, 2005, pgs. 266 y 267.

a) Conocimientos, que son los contenidos técnicos requeridos para el desempeño de un trabajo, que se acumulan y que se expresan y se miden mediante pruebas escritas o prácticas.

b) Aptitudes, que son las capacidades que predicen el aprendizaje del puesto, y que se suelen medir mediante los test de inteligencia general, aptitud verbal, numérica, etc.

c) Destrezas, que son las capacidades resultantes de juntar, con entrenamiento, el conocimiento técnico, las aptitudes y la experiencia, que suelen medirse mediante pruebas de simulación.

d) Rasgos de personalidad, que expresan la predisposición del individuo concreto a actuar de una determinada manera, siendo así que determinados rasgos interesan o no en función de cómo afectan al hecho de que un individuo utilizará correctamente sus conocimientos, aptitudes y destrezas.

Debe indicarse que la expresión del artículo 61.2 EBEP, *“ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas”*, no equivale a las pruebas psicotécnicas, ya que a éstas se refiere expresamente el artículo 61.5 EBEP. Más bien se trata de pruebas de tipo práctico, ya sean escritas, orales, o de realización física de tareas (conducción de un vehículo, por ejemplo), que tienden a determinar qué conocimientos y destrezas tienen los individuos, en el sentido arriba expresado.

Con carácter general se ha criticado por la doctrina la falta de ejercicios prácticos en las oposiciones, pero hay también hay autores que no son tan favorables a su utilización. Así, SANTAMARÍA PASTOR⁵²⁷ los considera más útiles en el campo de las oposiciones relativas a las ciencias experimentales, pero no en el campo de las ciencias sociales, y añade que la práctica sólo puede adquirirse con el propio desempeño de los puestos de trabajo, por lo que carece de sentido exigir dicha práctica precisamente en el momento del acceso al empleo.

No obstante, siempre es posible, aún desde la perspectiva del opositor, tener alguna perspectiva práctica, en el sentido de aplicar los conocimientos a un hipotético supuesto de hecho planteado en el ejercicio práctico. Incluso en los casos prácticos que son a desarrollar por escrito (no tipo test), el opositor puede demostrar sus capacidades de razonamiento y análisis. Además, también son de gran interés las pruebas de conocimientos informáticos, en el contexto de las Administraciones Públicas ya plenamente informatizadas, de modo que las pruebas prácticas de ofimática resultan de gran interés para valorar la capacidad de los aspirantes. En último lugar, el artículo 61.2 EBEP incluye como pruebas las que tengan por objeto la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y la superación de pruebas físicas.

⁵²⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo, op.cit., pg. 4 y ss.

Por otro lado, debe hacerse alusión a la posibilidad de fraccionar las pruebas de los procesos selectivos en fases. Al respecto, el Anteproyecto de ley del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998 establecía la posibilidad de autorizar que la selección se efectuara en dos fases si se daba una de estas circunstancias: o bien que resultara necesario para la planificación de los recursos humanos por la naturaleza y características de las plazas a cubrir, o bien que así lo aconsejara el elevado número de aspirantes. Con los aspirantes que hubieran superado la primera fase, consistente en la celebración de pruebas de carácter eliminatorio, se formaría una lista que tendría una vigencia temporal no superior a tres años, plazo dentro del cual las Administraciones Públicas podrían realizar convocatorias correspondientes a la segunda fase. Esta segunda fase, en la que participarían solamente los candidatos que hubieran superado la primera fase, contendría pruebas de carácter competitivo e indicaría el número concreto de plazas según la correspondiente Oferta de empleo público.

Se preveía también que la Administración que utilizara este procedimiento bifásico tendría que nombrar al personal interino y laboral temporal entre las personas incluidas en la relación surgida de la primera fase, por riguroso orden de puntuación, y añadía que los servicios prestados interina o temporalmente no podrían constituir mérito en la segunda fase.

Como indicó el Consejo de Estado en el Informe relativo a este Anteproyecto, este sistema era constitucionalmente aceptable, pero había sido criticado, entre otros motivos, por ser susceptible de dar lugar a convocatorias inútiles si luego no había obligación de celebrar la segunda fase, y por complicar el sistema actual de selección sin aportar mayores ventajas. Además, otra desventaja de este sistema bifásico era la posible dilatación de las pruebas selectivas durante el período, legalmente habilitado, de tres años.

Dado que en el sistema bifásico también hay que tramitar las pruebas de las dos fases, no parece simplificar el actual sistema de realización de un proceso selectivo para cada Oferta de empleo público. Por tanto, se parece más a cualquier sistema de oposición en que hay dos o más ejercicios sucesivos de carácter eliminatorio. Y, como indicaba el Consejo de Estado, el sistema bifásico tenía el inconveniente de impedir la concurrencia a las pruebas de otros candidatos ajenos a la primera fase que, tras el transcurso del tiempo, hubieran conseguido los requisitos necesarios.

En realidad, el único interés de este sistema es que se estableció expresamente que el personal temporal e interino debía ser seleccionado entre los candidatos que hubieran superado la primera fase, en la que, como se ha dicho, había pruebas eliminatorias, lo cual reforzaba la presencia de los principios de mérito y capacidad en la selección de funcionarios e interinos. Pero también puede conseguirse este efecto práctico estableciendo la obligación de seleccionar a los interinos y temporales entre los participantes en el correspondiente proceso selectivo que no hayan obtenido plaza, pero que hayan superado alguna prueba.

Además, PUERTA SEGUIDO⁵²⁸ advirtió del “evidente riesgo de dicho procedimiento general para la estabilidad del empleo. El crecimiento del empleo precario sería una constante ante la existencia de una arraigada costumbre, más o menos intencionada, de fomentar las relaciones de empleo público precario acudiendo a las famosas bolsas de aspirantes que, según la ley, ya estarían formadas tras la celebración de esa primera fase. Muchas segundas fases ya no se celebrarían”.

Por otro lado, debe hacerse referencia al nivel de conocimientos o habilidades que se debe exigir en cada proceso selectivo para que realmente se respeten los principios de mérito y capacidad, y no acabe tratándose de una farsa procedimental. Este nivel de exigencias depende de varios factores, entre los cuales figuran:

- El temario, siendo un hecho evidente que cuando se pretenden relajar las exigencias de mérito y capacidad, los temarios se reducen.

- El diseño de las pruebas a realizar: tipo test, examen escrito u oral, examen práctico, pruebas físicas o psicológicas, etc. No es lo mismo un examen tipo test, que un examen escrito, pues este último exige una labor de estudio y preparación más intensa. Además, dentro del tipo test el grado de dificultad de las preguntas puede variar, igual que sucede en los demás tipos de pruebas.

A este respecto, para salvaguardar los principios de mérito y capacidad, y evitar el riesgo de favoritismos con personas concretas o grupos de personas concretos, es imprescindible regular adecuadamente dos aspectos:

- El órgano que va a diseñar las pruebas, tramitar su realización y valorarlas (de manera que las diseñe, realice y valore con especialización técnica y con imparcialidad y no favoreciendo a personas o colectivos concretos).

- Las garantías procedimentales y la total transparencia de los procesos selectivos.

3.- EL CONCURSO-OPOSICIÓN

El sistema de concurso-oposición es un híbrido de los otros dos sistemas, pues se compone de pruebas de capacidad y de una fase de concurso con baremación de méritos. Se ha considerado que éste es el mejor sistema de selección, porque es el que permite obtener la mayor adecuación del aspirante al puesto de trabajo a desempeñar.⁵²⁹ En este sentido, es obvio que la Constitución no impone que solamente pueda utilizarse el sistema de la oposición con celebración de exámenes, sino que el principio de mérito permite y postula también

⁵²⁸ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 113.

⁵²⁹ PUERTA SEGUIDO, F., “El acceso al empleo público”, op.cit., pg. 476.

la valoración de otros méritos, como la formación, la experiencia profesional, etc. Por su parte, las leyes sobre la materia no han establecido una clara prelación entre la oposición y el concurso-oposición. Así, la Ley 30/1984, en su artículo 19.1, de carácter básico, no estableció preferencia por ninguno de los distintos sistemas de selección posibles (oposición, concurso-oposición y concurso), sino que fue el Real Decreto 364/1995 el que estableció las reglas de prelación entre ellos.

Por su parte, el EBEP (en su artículo 61.6) continúa sin establecer el orden de prelación⁵³⁰ entre la oposición y el concurso-oposición, aunque sí especifica el carácter excepcional del concurso y exige su habilitación por ley específica para el caso concreto⁵³¹. Refiriéndose a las Administraciones Locales, señala FONDEVILA ANTOLÍN⁵³² que el hecho de que el EBEP no priorice ente oposición y concurso-oposición no significa que queden derogadas las previsiones del Real Decreto 896/1991, que establece como sistema ordinario la oposición. Pero el problema, precisamente, es que es un reglamento entonces el que establece esta prelación.⁵³³

Al respecto, algunos autores distinguen entre Cuerpos Técnicos o de grupos superiores, para los que consideran necesario valorar la experiencia o los conocimientos específicos concretos en la materia de que se trate, y, por otro lado, Cuerpos de inferior grado, como auxiliares o subalternos, donde los conocimientos específicos que requiere el puesto de trabajo a ocupar se adquieren con mucha facilidad y, por tanto, no son tan relevantes como criterio de selección la experiencia o los conocimientos específicos concretos.⁵³⁴

En todo caso, sí puede señalarse que tradicionalmente se ha dado preferencia al sistema de oposición, pero también se ha permitido el uso del concurso-oposición en dos casos muy diferentes:

- Cuando lo exige la especial naturaleza del puesto. Por tanto, se ha configurado como sistema secundario y excepcional frente a la oposición.⁵³⁵

⁵³⁰ Lo cual ha considerado DE LA MORENA Y DE LA MORENA como un paso atrás. (DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "El acceso...", op.cit., pg. 786).

⁵³¹ Aunque esta restricción del concurso sólo la establece para el caso del personal funcionario.

⁵³² FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 161.

⁵³³ También el Consejo de Estado, en el Informe sobre el Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Pública (1999) criticó el hecho de que no estableciera un orden de prelación entre los distintos sistemas de selección, señalando que "la renuncia a establecerla con carácter básico puede conducir a la consolidación de modelos muy diferentes en el acceso a la función pública del Estado y de las Comunidades Autónomas, lo que resultaría seriamente cuestionable desde la óptica del principio de igualdad y cohesión".

⁵³⁴ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo*, Tesis doctoral, Madrid, 2011, pg. 79.

⁵³⁵ Así ha sucedido en la legislación estatal (artículos 4 del Real Decreto 364/1995 y 2 del Real Decreto 896/1991).

- Para consolidar sectores de empleo precario, en virtud de previsiones como la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, la Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1985 y la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP.

Esta situación ha sido criticada porque el concurso-oposición presenta el gran problema de su susceptibilidad para ser utilizado para sustraerse a las exigencias de los principios de mérito y capacidad e incurrir en arbitrariedad⁵³⁶, favoreciendo a personas o colectivos concretos⁵³⁷. Y es que, mediante el concreto diseño del proceso selectivo, se pueden exigir determinados méritos o no exigirlos, y valorarlos de una determinada forma, con el objetivo de favorecer a determinados aspirantes, realizando lo que la doctrina ha denominado un “traje a medida” del candidato predeterminado por el Ente convocante. Así, el concurso-oposición presenta el riesgo de que:

- La fase de oposición sea falseada mediante la configuración de pruebas de escaso nivel técnico.

- La fase de concurso se sobrevalore desproporcionadamente sobre la fase de oposición.

- En la fase de concurso se sobrevaloren o infravaloren determinados méritos de forma desproporcionada.

La normativa vigente, tal y como demuestra la reiterada experiencia, no es adecuada para evitar estos riesgos, sino que es preciso adoptar ciertas cautelas. Así, deben destacarse las siguientes cuestiones:

a) La importancia atribuida a cada una de las dos fases del concurso-oposición

b) El nivel de exigencia de conocimientos adecuado en la fase de oposición.

c) El adecuado diseño de la baremación de méritos.

a) Importancia atribuida a cada una de las dos fases del concurso-oposición

En primer lugar, resulta esencial la importancia atribuida a cada una de las dos fases del concurso-oposición, de modo que la fase de concurso no prevalezca de manera desproporcionada sobre la fase de oposición dentro del proceso selectivo globalmente considerado. Ésta es la cuestión de las denominadas

⁵³⁶ MARTÍN REBOLLO, L., Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 13.

⁵³⁷ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 157 y ss., y DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “El acceso...”, op.cit., pg. 784. La situación también es denunciada reiteradamente por la doctrina, son cientos y miles los casos judicialmente resueltos, o destacados por el Defensor del Pueblo. Baste citar como ejemplo la Recomendación 46/2004 del Defensor del Pueblo, el caso de la STC 281/1983, y la queja nº. 050844 tramitada por el Síndico de Agravios o Alto Comisionado de las Cortes Valencianas.

pruebas restringidas en sentido amplio, en las cuales se sobrevalora en el proceso global la puntuación atribuible a los servicios prestados en las Administraciones Pública para favorecer el ingreso del personal temporal en perjuicio del resto de ciudadanos aspirantes. Esta cuestión resulta de gran importancia, puesto que el sistema de concurso ha quedado relegado por el EBEP a los casos excepcionales en que una ley lo autorice. Por tanto, sobrevalorar la fase de concurso podría dar lugar a que, bajo la apariencia de legalidad, *de facto* se celebrara un auténtico concurso, sin que se den los dos requisitos citados de excepcionalidad y establecimiento por ley.

En cuanto se refiere a la legislación básica, el artículo 61.3 EBEP se ha limitado a establecer que *“sólo podrá otorgarse una valoración a los méritos de los aspirantes que sea proporcionada y que no determine, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”*. Como indica CANTERO MARTÍNEZ⁵³⁸, el artículo 61.3 recoge la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la valoración de servicios prestados en los procesos selectivos, de modo que se impide *“que el concurso oposición pueda utilizarse fraudulentamente para encubrir lo que materialmente sería un concurso que, como sabemos, era y seguirá siendo un método absolutamente excepcional”*. Sin embargo, se trata de una previsión insuficiente, porque establece un criterio susceptible de distintas interpretaciones, por lo que deja la cuestión en manos de la interpretación que haga la Administración y, ulteriormente, de la interpretación que haga cada órgano jurisdiccional en caso de impugnación del proceso selectivo. Por tanto, no estamos ante una solución que aporte seguridad jurídica al ciudadano.

Sobre este punto interesa destacar cómo otras legislaciones de nuestro entorno se han preocupado de regular un límite para la valoración de méritos en el sistema del concurso-oposiciones, pudiendo citarse el caso de Italia, donde a los méritos no puede darse una puntuación igual o superior a un tercio de la nota total.⁵³⁹ En el ámbito de la legislación de desarrollo algunas leyes autonómicas sí establecen límites cuantitativos a la valoración de méritos en el concurso-oposición:

- En la Comunidad Autónoma de Andalucía, el Decreto 2/2002 dispone que la puntuación máxima que pueden atribuir las convocatorias al mérito de la experiencia profesional será del 50% de la puntuación total del baremo, aunque no ha establecido ningún límite sobre la valoración a atribuir a la fase de concurso respecto del proceso selectivo global.

- Según la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, la valoración de la fase de concurso no podrá exceder del 50 % de la puntuación máxima que pueda ser

⁵³⁸ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 61. Sistemas Selectivos”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009, pg. 669.

⁵³⁹ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 60.

obtenida en la fase de oposición. La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca reduce este porcentaje al 45 % y el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, lo reduce al 40%. Obsérvese que no se trata de un porcentaje dentro del proceso global, sino un porcentaje que se calcula por referencia a la fase de oposición, de manera que el 50% al que se refiere la Ley 3/1985 de Asturias, si la oposición tiene una puntuación máxima de 100 puntos, significaría 50 puntos, de manera que el total del proceso selectivo serían 150 puntos y, por tanto, la fase de concurso, como mucho, alcanzaría un tercio de la puntuación global.

- El Decret 28/1986, de 30 de gener, de Reglament de selecció de personal de l'Administració de la Generalitat de Catalunya establece que *“la valoració d'aquests mèrits o nivell d'experiència no pot significar, en relació amb les proves selectives, més de la tercera part de la puntuació màxima assolible en el conjunt del concurs-oposició”*.

- La Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 46.5 que *“la valoración del total de los méritos en la fase de concurso no puede exceder del 25 por ciento de la puntuación total del proceso selectivo”*.

Como puede verse, la existencia de distintos límites fijados por las Comunidades Autónomas pone de relieve la inseguridad que reina en esta materia.⁵⁴⁰ Y no todas las leyes autonómicas más recientes regulan en detalle la cuestión. Así, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, se limita a establecer en su artículo 56.4, que *“la valoración de la fase de concurso será proporcionada y, en ningún caso, su puntuación determinará por sí sola el resultado del procedimiento”*.

Además, la legislación básica debe establecer expresamente la prohibición de utilizar los puntos obtenidos en la fase de concurso para entender superada la fase de oposición, pues esta actuación fue rechazada por el Tribunal Constitucional en las sentencias 67/1989 y 93/1995, entre otras. Así lo ha hecho la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja, que señala en su artículo 21.4 que *“la fase de concurso no será eliminatoria y en ningún caso la puntuación obtenida en dicha fase podrá aplicarse a la que se obtenga en los ejercicios de la fase de oposición. Los resultados de la fase de concurso no dispensarán la necesidad de superar las pruebas selectivas de la fase de oposición”*.

Asimismo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 46 que *“en ningún caso, la puntuación que pudiera obtenerse en la fase de concurso puede dispensar de la necesidad de superar las pruebas selectivas de la fase de oposición”*. Y el Decreto Legislativo

⁵⁴⁰ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 287.

1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, establece en su artículo 38 que *“con el fin de asegurar la debida idoneidad de las personas aspirantes, estas deberán superar en la fase de oposición la puntuación mínima establecida para las respectivas pruebas selectivas”*.

También la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja establece en su artículo 21 que *“los resultados de la fase de concurso no dispensarán la necesidad de superar las pruebas selectivas de la fase de oposición”*. También el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local no comprendidos en el artículo 92.3 de la Ley 7/1985, es decir, los que no son funcionarios con habilitación estatal, dispone en su artículo 4.c) que *“en las pruebas selectivas que se realicen por el sistema de concurso-oposición, la fase de concurso, que será previa a la de oposición, no tendrá carácter eliminatorio ni podrá tenerse en cuenta para superar las pruebas de la fase de oposición”*.

b) Nivel de exigencia de conocimientos adecuado en la fase de oposición

En segundo lugar, es fundamental que en la fase de oposición se exijan unos adecuados y razonables conocimientos teóricos y prácticos, y no se convierta a la fase de oposición en un simple simulacro, dando lugar al denominado *“concurso-oposición descafeinado”*⁵⁴¹, en el que se diseñan pruebas de capacidad de bajo nivel para que el individuo o colectivo favorecido supere fácilmente la fase de oposición y vea baremados sus méritos. Esta práctica sólo puede eliminarse asegurando que los órganos de selección que diseñan los cuestionarios y exámenes de conocimientos teóricos y prácticos estén compuestos por miembros realmente imparciales y con suficiente especialización técnica, en los términos que se exponen en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral. Asimismo, la ley debería establecer la prohibición, en los cuestionarios tipo test, de entender superadas las pruebas selectivas de conocimientos teóricos y prácticos con menos del 50 % de las preguntas acertadas.

c) Adecuado diseño de la baremación de méritos

En tercer lugar, también es de sustancial importancia el diseño de la baremación de méritos (fase de concurso), en lo que se refiere a la elección de los méritos susceptibles de ser valorados, así como la puntuación atribuida a cada

⁵⁴¹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg.155.

mérito en relación con los demás. En efecto, es claro y manifiesto que si en un concurso-oposición o concurso no se valoran determinados méritos que están relacionados con los puestos de trabajo convocados, o bien se sobrevaloran o infravaloran ciertos méritos, se verán lesionados los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Un caso de sobrevaloración de los servicios prestados frente a otros méritos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1990, que señala que “los demás méritos que de forma general se establecen pueden llevar en un expediente importante a obtener hasta 0,75 puntos, lo que permite o posibilita, cual los recurrentes refieren, la equiparación entre un Médico contratado durante quince días en la Corporación demandada, con otro, que tenga hasta cinco años de docencia”. Otro caso de desproporción es asignar 7 puntos a la situación de parado y 6 puntos al título de doctor. STS de 8 julio 1988. Por su parte, la STS de 6 junio 1996 señala que “sobre todo, debe excluirse la gran desproporción existente entre la puntuación obtenible por el desempeño anterior de funciones municipales y los llamados «otros méritos relacionados con la plaza a cubrir», únicos ajenos, en principio, al desempeño de funciones de aquella naturaleza y que a su reprochable absoluta inespecificidad unen, además, la circunstancia de hallarse en relación de uno a cuatro con aquellos”.

También se dan supuestos en los que se incluyen en el baremo circunstancias que en realidad no constituyen méritos. A este respecto puede citarse la STS de 8 julio 1988, relativa a una convocatoria del Ministerio de Educación y Ciencia para cubrir plazas de profesores interinos en la Escuela Universitaria de Enfermería en un Centro de Enseñanza Integrada, que asignaba 7 puntos a los solicitantes en paro, mientras que, por ejemplo, concedía sólo 6 al título de doctor. El Tribunal Supremo señala que “en tal convocatoria se quebranta el principio de igualdad, pues considera de mejor condición para acceder al desempeño de un puesto público al parado que al que se encuentra en situación de actividad profesional, se vulnera el principio de mérito, pues considera como tal la situación de parado cuando la selección debe atender a la concurrencia de las condiciones objetivas que acreditan una mayor idoneidad, y se conculca al principio de capacidad, ya que la situación de parado no acredita por sí sola la aptitud o suficiencia para el ejercicio de las funciones de profesor que es a lo que debe atender la selección; todo ello sin olvidar que, en cualquier hipótesis, la valoración de la situación de desempleo es tan desproporcionada que prácticamente elimina cualesquiera otros méritos. (...) La convocatoria impugnada que exige para tomar parte en ella poseer el título de licenciado en Medicina y Cirugía y que a la situación de parado le atribuye, al considerarla como mérito, una puntuación y además manifiestamente desproporcionada con la atribuida a los demás méritos puntuales, es contrario a derecho por conculcar los citados principios constitucionales de igualdad”.

Los baremos, además, deben ser lo suficientemente concretos, como para no dejar en manos del órgano de selección la decisión de cuáles son los méritos

baremables. Al respecto, la STS de 21 julio 1994 se refiere a un caso en que las bases del proceso selectivo atribuían al órgano de selección la facultad de valorar libremente otros méritos relativos a la actividad urbanística municipal hasta un máximo de cinco puntos, entendiendo que ello provocaba que “queda enteramente confiado a la discrecionalidad del Tribunal (en el que hay una clara mayoría de la Administración Municipal), el otorgamiento de la plaza mediante la apreciación, sin fijación de criterio previo alguno, de esos méritos relativos a la actividad urbanística municipal”. Esta circunstancia, sumada a la excesiva valoración de los servicios prestados en la Administración convocante, da lugar a que el Tribunal Supremo anule la convocatoria.

Aunque también debe citarse la STS de 5 de octubre de 1993, que se refiere a unas bases reguladoras de un concurso-oposición libre para la provisión en propiedad de una plaza de Oficial Jefe de la Policía Local, donde se contenía un apartado sobre “Valoraciones discrecionales: otros méritos alegados y estimados por el Tribunal hasta un máximo de dos puntos”. Al respecto, la sentencia señala que “no pugna con el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, invocados en la sentencia recurrida, la eventualidad de valoración discrecional de otros méritos alegados y estimados por el Tribunal hasta el límite máximo de dos puntos distintos de los expresamente relacionados en el Baremo de méritos de la convocatoria. La valoración discrecional en modo alguno es identificable en este caso con libre arbitrio, a lo que debe añadirse, como en los demás supuestos analizados, que el señalamiento del límite máximo de dos puntos por este concepto es garantía de incidencia potencial moderada en la puntuación conjunta”.⁵⁴²

⁵⁴² Puede citarse también la STSJ de Madrid, de 22 de enero de 2000, resuelve un caso en el que la convocatoria, en el apartado de normas y criterios generales de valoración, indicaba solamente que “las Comisiones (...), para la valoración de los méritos de los candidatos, habrán de considerar necesariamente los siguientes criterios generales (...): 1º.- Formación Académica; 2º.- Actividad Docente; 3º.- Actividad Científico-Investigadora; 4º.- Otros méritos, que nunca podrán exceder del 15% de la puntuación total”. Además, la convocatoria señalaba que a estos méritos las Comisiones asignarían una puntuación porcentual en relación con el total antes de comenzar la sesión. Este es un caso evidente de vaguedad en la redacción del baremo de méritos, que deja en manos de la Comisión la valoración de los méritos, omitiendo la necesaria predeterminación de las bases del proceso selectivo. Sin embargo, la citada sentencia señala que tal redacción fija criterios que “responden fielmente a la idea de generalidad, en cuanto opuesta a la especificidad, y tienen su concreto sentido si se tiene en consideración que la Convocatoria (...) ofertaba un sinnúmero de plazas de diversas áreas y especialidades tales como medicina, derecho (...)”. Parece que el argumento definitivo que impulsa al Tribunal a entender que no hay vaguedad en la convocatoria es que se trataba de plazas de distinta naturaleza, pero no podemos considerar que este argumento sea válido, puesto que siempre es posible determinar los criterios para cada plaza o tipo de plaza.

Por su parte, la STSJ de Galicia 997/2003, de 19 de noviembre, analiza un caso en que el recurrente alegaba que el baremo había sido diseñado con excesiva precisión con el objetivo de obtener unos determinados resultados. En este caso, el Tribunal alude a que el recurrente sólo impugnó las bases cuando supo que no había superado la primera prueba del proceso selectivo. Pero entendemos que los defectos del baremo son independientes de la actuación del participante.

Lo expuesto determina que, si se dejara en manos del órgano de selección la apreciación de méritos adicionales, esta facultad de amplia discrecionalidad debería tener una incidencia fuertemente limitada en el resultado del proceso selectivo, de manera que la ley debe fijar un tope máximo de incidencia en la baremación. Por ejemplo, un 5% del total de puntos de la fase de baremación de méritos. Pues se trata de que la ley o la Administración Pública o Ente convocante deja en manos del órgano de selección la decisión sobre méritos baremables. Así pues, la incidencia de este apoderamiento debe ser mínima.

La situación actual es que, en el diseño de los procesos selectivos y, en particular, en la elaboración de los baremos de méritos, la Administración Pública o Ente convocante dispone de una enorme discrecionalidad, ratificada además por el Tribunal Constitucional. En efecto, en la STC 27/1991 se señala que “el artículo 23.2 C.E., si bien ha otorgado al legislador un amplio margen en la regulación de las pruebas de selección de funcionarios y en la determinación de cuáles hayan de ser los méritos y capacidades que se tomarán en consideración”. Es cierto que este amplio margen de discrecionalidad cuenta con el límite constitucional de los principios de igualdad, mérito y capacidad, y que el Tribunal Constitucional ha señalado que sólo pueden establecerse requisitos relacionados con el mérito y la capacidad, y que las bases reguladoras no pueden diseñarse en términos concretos e individualizados, quedando prohibidas las denominadas convocatorias *ad personam* y las pruebas restringidas en sentido estricto.⁵⁴³ Pero estas previsiones jurisprudenciales requieren una labor de interpretación para su aplicación a cada caso concreto y por ello son insuficientes para garantizar la seguridad jurídica y evitar el fraude en el diseño de los procesos selectivos *ad personam*. Por tanto, sería necesaria una batería de previsiones legales más concretas.

Por su parte, el legislador básico no ha tenido por conveniente imponer reglas en esta materia. Así, nada dijo la Ley 30/1984 sobre los méritos a valorar en los sistemas de concurso y concurso-oposición.⁵⁴⁴ Por su parte, el EBEP sólo dispone en su artículo 61.3 que “*los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo*”. La

⁵⁴³ También el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 15 diciembre 2011 que “los requisitos para acceder a la función pública deben establecerse mediante referencias abstractas y generalizadas, deben guardar directa relación con los criterios de mérito y capacidad y no con otras condiciones personales o sociales, y deben tener una justificación objetiva y razonable teniendo en cuenta las características de los puestos a cubrir y las necesidades presentes y futuras en orden a la prestación de los cometidos asignados al personal que se pretende seleccionar. Dentro de estos parámetros, no puede negarse un amplio margen de libertad, tanto al Legislador como a la Administración, para dotar de contenido en cada caso a conceptos indeterminados como son los de mérito y capacidad”.

⁵⁴⁴ Limitándose a señalar que debían garantizar “*los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad*”. Esto y nada es lo mismo, puesto que la vigencia de estos principios ya se desprende la Constitución Española.

norma es bienvenida, pero no aporta luz sobre los méritos baremables. Tampoco precisa nada la LBRL, en su artículo 102 sobre funcionarios propios de los Entes Locales. Igual sucede respecto de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, respecto de los que nada decía el ya derogado artículo 98 LBRL, y nada dice la actual Disposición Adicional Segunda del EBEP.⁵⁴⁵ Por su parte, la legislación autonómica de desarrollo tampoco ha entrado en relevantes concreciones sobre los méritos a baremar, de manera que, finalmente, es la normativa reglamentaria la que va precisando los méritos baremables, e incluso las bases reguladoras de cada proceso selectivo son las que deciden casi íntegramente la cuestión.

Esta situación de desregulación a nivel de ley ha determinado la enorme libertad de las Administraciones Públicas y demás Entidades convocantes para diseñar los procesos selectivos y la baremación, libertad de la que surge el riesgo de diseño de bases reguladoras que tienen por objetivo favorecer a determinadas personas o colectivos. Esta irregularidad no es fácil de controlar, por cuanto deja un amplio margen de interpretación a los órganos judiciales, no siempre es posible demostrar que se ha producido un trato de favor, y además el control⁵⁴⁶ sólo se produce si el ciudadano decide asumir la inversión de contratar un letrado y esperar pacientemente a que la Justicia funcione lentamente. Además, debe añadirse que, a pesar de que las bases reguladoras sean poco concretas, la jurisdicción muchas veces no anula las decisiones del órgano de selección, con base en la teoría de la no revisabilidad judicial de la discrecionalidad administrativa.

Como indican GONZÁLEZ BOTIJA y LÁZARO ALBA, a poco que el baremo esté “bien hecho y sin arbitrariedades manifiestas o evidentes para que salga victorioso un candidato (...) va a ser complicado conseguir que los Tribunales de Justicia anulen los baremos”, por lo que ve necesario que la ley proclame “la obligación de que los baremos de méritos deben ser lo más detallados y precisos posibles”, así como una referencia expresa al principio de proporcionalidad, y en particular la prohibición de realizar evaluaciones que sean manifiestamente desproporcionadas (como valorar más el trabajo de unos meses en la Administración convocante que toda una carrera profesional relacionada con la plaza convocada).⁵⁴⁷ Podría citarse como ejemplo de mejora en la concreción de los baremos de méritos es el sistema de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios.

⁵⁴⁵ Que solamente establece que “es de competencia de las Comunidades Autónomas la selección de dichos funcionarios, conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas”, y que “los funcionarios con habilitación de carácter estatal se registrarán por los sistemas de acceso (...) aplicables en su correspondiente Comunidad Autónoma, respetando lo establecido en esta Ley”.

⁵⁴⁶ Salvo los casos en que sindicatos o asociaciones ejercen acciones legales.

⁵⁴⁷ GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., “A vueltas...”, op.cit., pg. 551 y ss.

Por tanto, la situación requiere el establecimiento por ley de normas más concretas sobre baremación de méritos, que restrinjan el margen de libertad tan amplio que tienen las Administraciones Públicas para configurar los procesos selectivos, y así evitar el diseño de procesos selectivos a medida de personas o colectivos concretos, con clara lesión de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Y es que, como indica MARTÍN MORENO, el mérito y capacidad son conceptos jurídicos indeterminados, pero “son realidades fácilmente aprehensibles a poco que se capten los valores constitucionales y convicciones sociales imperantes y se establezca un análisis histórico-sociológico y de Derecho comparado, que permitirá descubrir concepciones casi universales”.⁵⁴⁸ Las reglas legales sobre diseño del baremo de méritos, teniendo en cuenta el objetivo de apreciar el mérito y la capacidad de los aspirantes, serían las siguientes:

Para evitar las convocatorias *ad personam*, sería conveniente atribuir mayor valor en los baremos a los méritos generales, tales como el expediente académico y la superación de exámenes en procesos selectivos de convocatorias anteriores. No estamos tratando aquí de la carrera administrativa de los funcionarios, que implica ir ocupando puestos cada vez más cualificados y especializados. Aquí tratamos solamente del acceso al empleo público (aunque sea a puestos de Grupos elevados, como el A1), por lo que es adecuado valorar méritos generales, y menos necesario valorar méritos específicos (como la tenencia de un determinado master, por ejemplo). En la fase de acceso al empleo público la especialización necesaria ya viene asegurada por la titulación requerida y las pruebas o exámenes a realizar en el propio proceso selectivo. Potenciar los méritos generales sobre los específicos reducirá sin duda la confección de bases “*ad personam*”.

Debería potenciarse la valoración del expediente académico, ya que un buen expediente académico no sólo es prueba de que la persona cuenta con unos amplios y sólidos conocimientos (formados a lo largo de un largo periodo de tiempo), sino que también es prueba de la responsabilidad y voluntad de trabajo de la persona. Y, en este sentido, la legislación debería establecer un mínimo de valoración del expediente académico en el concurso-oposición, al menos no inferior al 10% del baremo, al menos en los procesos selectivos de acceso a los Grupos A1 y A2 (o categoría laboral equivalente).⁵⁴⁹ Igualmente, la superación de

⁵⁴⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 20.

⁵⁴⁹ La importancia del expediente académico es habitualmente mayor en los Estados anglosajones. Baste recordar el *Outstanding Scholar Hiring Provision* o selección de alumnos destacados propio de la Administración Estadounidense, sistema que se exclusivamente en criterios académicos, de manera que a aquellos alumnos que han concluido la licenciatura con unas determinadas notas académicas o figuran en el 10% de los mejores de su clase, se les realiza directamente la oferta de trabajo por la Administración, sin la realización de ningún tipo de prueba. Lógicamente, este sistema va dirigido a puestos que en nuestro sistema equivaldrían como mínimo al Grupo A, en la medida en que se trata de reclutar personal de alta cualificación universitaria.

exámenes en procesos selectivos de convocatorias anteriores debería implicar una baremación mínima del 10% del baremo.

En los Grupos A1 y A2 (o categoría laboral equivalente) debe establecerse la obligación de incluir en los baremos la valoración del título de Doctor, si se ha obtenido en materia relacionada con la titulación exigida y el programa de temas (Derecho Administrativo, Arquitectura, etc.). Y dicho título de Doctor debe ser valorado proporcionalmente respecto de la formación obtenida en cursos de formación. Así, el TSJ de Galicia en sentencia de 2 de abril de 2003, señaló que “lo que sí resulta inadmisibile es que se puntúe más ser Técnico Urbanista o haber asistido con aprovechamiento al curso superior de Planeamiento, Gestión, Disciplina Urbanística y Medio Ambiente en la EGAP (1,5 puntos) que ser Doctor en Urbanismo (1 punto).

De nada vale la argumentación de la parte demandada referente a que el Doctorado goza de trascendencia de cara a la Cátedra, a la docencia o a la investigación puesto que la posesión del título de Doctor lo que evidencia es que su tenedor ha acreditado una serie de conocimientos en la materia que sobrepasan con creces a los adquiridos por la mera asistencia a cursos especializados en la Escuela Gallega de Administración Pública. Y no es que se deseché el valor de tales cursos, sino que lo que no es de recibo es que se le conceda a esos cursos 1,5 puntos y 1 solo punto al Doctorado equiparando esta última titulación, a efectos de puntos, con los alcanzables por aquel aspirante que disponga, por ejemplo, de 11 diplomas por asistencia a cursos de Informática”. En conclusión, si el título de Doctor está relacionado con el puesto de trabajo o con el Cuerpo funcional o categoría laboral a que está adscrito el puesto, nunca podrá ser valorado con una puntuación inferior a la máxima atribuible a los cursos de formación.

En cuanto a la valoración de la experiencia profesional, la ley debe establecer expresamente ciertas reglas que en algunos casos ya se han aplicado o se han asumido jurisprudencialmente. Así, debe establecer expresamente que:

a.- No se podrán valorar los servicios prestados como eventual, debido al origen totalmente discrecional de su nombramiento, ni en virtud de contrato administrativo, por la misma razón.

b.- No se podrá atribuir mayor puntuación a los servicios prestados en el propio Ente convocante que a los prestados en otros Entes del Sector Público. A este respecto, el Defensor del Pueblo Andaluz, en el Informe del ejercicio 2005⁵⁵⁰, señaló, en relación con las Bases reguladoras de la convocatoria para cubrir, mediante el sistema de concurso-oposición, dos plazas de Auxiliar Administrativo de un Ayuntamiento, que la valoración de la experiencia profesional que se contiene en dichas Bases “ podría ser contraria al ordenamiento jurídico vigente, cual es valorar por cada mes de servicio prestados en puestos de igual o similar

⁵⁵⁰ Queja 05/1288.

categoría al que se opta en el Ayuntamiento, según éste sea de población menor o mayor de 20.000 habitantes. (...) El Tribunal Constitucional ha establecido, reiteradamente y con carácter general que la valoración de la experiencia adquirida en un determinado Ayuntamiento, con clara discriminación de la obtenida en otras Corporaciones Locales, es contraria a lo establecido en los artículos 14, 23.2 y 103.3 de nuestra Constitución”.

El citado Informe se remite también a la STC 281/1993, según la cual “una diferencia no justificada es la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que se han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad. Antes aún, con semejante criterio evaluador se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso a favor de determinadas personas y en detrimento – constitucionalmente inaceptable- de aquellos que, contando con la misma experiencia, la han adquirido en otros Ayuntamientos”.

Puede citarse también STS de 23 diciembre 1996, referida a una convocatoria que valoraba más lo Servicios prestados en Servicios Regionales de salud como Veterinario. La administración convocante argumentaba que “en realidad no se valoraban preferentemente los servicios prestados en el Servicio Valenciano de salud, sino en los regionales de cualquier Comunidad Autónoma y que es razonable y objetiva la diferente puntuación asignada, ya que lo que se trata de calificar es la experiencia previa en puestos de trabajo similares y que está claro que no en todos los puestos de trabajo de veterinarios al servicio de la Salud Pública se desempeñan cometidos profesionales similares”.

La sentencia concluye que “el razonamiento no tiene entidad suficiente para enervar el que constituye fundamento de la sentencia impugnada, porque aun aceptando el sentido amplio que da la Administración a la expresión Servicios Regionales de Salud utilizada en el baremo, de todas formas los únicos elementos identificadores de una específica valoración de la experiencia previa continúan siendo la cualidad profesional de Veterinario y la prestación de servicios en tal concepto a una Administración Pública, sin que aparezca circunstancia alguna que permita una cualificación diferenciada, según la Administración a la que se haya servido, porque admitiendo, por supuesto, que no todos los puestos de trabajo a servir por Veterinarios tienen funciones asimilables, sin embargo lo que de ningún modo resulta probado es que la línea divisoria de la diversidades funcionales discorra por donde la ha trazado la cláusula del baremo impugnada, con relevancia bastante para justificar el distinto trato dado a la experiencia previa, según haya tenido lugar en una o en otra Administración”.

También la STS 27 marzo 1990 considera lesiva del principio de igualdad a una convocatoria porque “por un lado se valoran de muy diferente manera los servicios prestados ante la Corporación que convoca el concurso y los prestados

ante cualquier otra Corporación o Administración y por otro se otorga tal prioridad a los servicios prestados ante la Corporación que convoca el concurso, que resulta difícil casi imposible que pueda competir un Médico que no haya prestado servicios en la Corporación demandada con otro que en ella los haya prestado". En el caso concreto, "los servicios prestados ante la Corporación demandada se valoran de 0,1 a 0,6 puntos, de otra los prestados ante cualquier otra Corporación o Administración se valoran de 0,02 a 0,03 puntos", lo cual permite equiparar un médico "contratado por la Corporación demandada durante un año con otro que haya desempeñado los mismos servicios ante otra Administración durante veinte años".

Igualmente, la STS 4 marzo 2013 ha señalado que "resulta indiferente la distinta Administración a que corresponda la experiencia o servicios valorados mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos que sean objeto de comparación", citando las SSTS de 30 de junio de 2008 y 18 de mayo de 2011 y la STC 281/1993.

No obstante, la sobrevaloración exagerada del trabajo prestado en el Ente convocante parece ser admisible para el Tribunal Supremo si concurre con la celebración de pruebas en el proceso selectivo. Así, la STS de 21 julio 1994 señala que "en el presente caso el baremo con arreglo al cual ha de otorgarse la plaza sólo contiene tres méritos a calificar, que son el ejercicio privado de la profesión, el ejercicio con laboriosidad y eficiencia, en la Administración Local, que se valora dos veces y media más que el anterior y finalmente el desempeño, también con laboriosidad y eficiencia, de la misma plaza que se saca a concurso, que se valoran tres veces más que la anterior y siete veces y media más que la primera. Esta valoración de méritos no sería en sí misma exagerada si fuese concurrente con otros méritos, o con otras pruebas cuya actuación conjunta permitiese a otros aspirantes el acceso a la selección con reales posibilidades de éxito, pero no sólo es así sino que además se establece la posibilidad de que el Tribunal pueda valorar libremente otros méritos relativos a la actividad urbanística municipal hasta un máximo de cinco puntos, con lo que queda enteramente confiado a la discrecionalidad del Tribunal (en el que hay una clara mayoría de la Administración Municipal), el otorgamiento de la plaza mediante la apreciación, sin fijación de criterio previo alguno, de esos méritos relativos a la actividad urbanística municipal. Ese conjunto de sistema selectivo, méritos, baremos y discrecionalidad absoluta del Tribunal están en abierta contradicción con las exigencias de que el acceso a la función pública se realice con las condiciones de igualdad, que exige el artículo 23.2 de la Constitución y bajo los principios de mérito y capacidad que señala el 103".

Sin embargo, esta conclusión resulta discutible, pues valorar el ejercicio profesional en la Administración convocante siete veces más que en la empresa privada, y tres veces más que en cualquier otra Administración, no parece tener justificación objetiva, más que el objetivo de consolidar en el puesto de trabajo a quien venía desempeñándolo. Por tanto, no parece que sea preciso acudir a otras

vulneraciones en el diseño del sistema selectivo, para entender que por sí mismo ese trato diferenciado es inadmisibile.

Por otro lado, también hay alguna sentencia en la que se admite la distinta valoración de los servicios prestados en función del Ente donde se prestaron. Así, la STS de 6 junio 1996 señala que “la norma de que en los concursos para provisión de las plazas de las Corporaciones Locales reservadas a funcionarios con habilitación de carácter nacional, aquellas fijen méritos específicos en razón a las características locales, aparece en el artículo 99.1 de la Ley 7/1985, por lo que el principio que la inspira puede considerarse trasladable con mayor motivo a toda clase de pruebas de acceso a puestos de trabajo municipales y provinciales, lo que hace también admisible que en un Municipio de una población determinada se pondere que las funciones valoradas en el baremo se hayan ejercido en poblaciones con un número análogo de habitantes.

En todo caso debe destacarse que STS de 25 abril 2012 no admite la diferente valoración de la experiencia profesional en función de la Administración Pública en que se presten, “mientras no conste que hay también diferencias en el cometido funcional de los puestos que sean objeto de comparación [por todas, sentencias de 30 de junio de 2008 (...) y de 18 de mayo de 2011 (...), por lo que, en principio y salvo que se acredite la existencia de tales diferencias, no resulta aceptable ponderar de manera distinta la experiencia profesional previa en función, exclusivamente, de la Administración donde tales servicios se prestaron”.

Además, la sentencia añade que “a lo anterior, no obsta lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la sentencia nº. 107/2003 (...), ya que, como dijimos en la sentencia de 18 de mayo de 2011 (...), “ciertamente el Tribunal Constitucional viene aceptando que valorar la experiencia en la Administración pública como mérito no es contrario al principio de igualdad, pero se trata de una doctrina principalmente sentada para resolver el contraste entre quienes aportan esa experiencia y quienes no la aportan que, por eso, no es directamente aplicable para decidir la prioridad que debe darse a la experiencia adquirida en una administración frente a otras; y buena prueba de ello es que la STC 281/1993, de 27 de septiembre hizo esta declaración: “y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad. Antes aún, con semejante criterio evaluador se evidencia una clara intención de predeterminación del resultado del concurso a favor de determinadas personas y en detrimento -- constitucionalmente inaceptable-- de aquéllas que, contando con la misma experiencia, la han adquirido en otros Ayuntamientos”.

c.- Los servicios prestados (como funcionario interino o laboral temporal) deben ser valorados si se ha accedido a la situación de funcionario interino o

laboral temporal por medio de convocatoria pública y con la tramitación de un procedimiento de selección competitivo basado en los principios de mérito y capacidad. En caso contrario, se estaría atribuyendo efectos beneficiosos a una situación que ha sido un privilegio obtenido en desigualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.⁵⁵¹

d.- Por otro lado, se ha planteado también la cuestión del título jurídico en virtud del cual deben haber sido prestados los servicios. Es decir, si, para el caso de convocatorias de puestos funcionariales, podrá o incluso deberá baremarse también la experiencia como personal laboral, y viceversa. A este respecto, puede citarse la STS de 10 de febrero de 2011, que, aunque es refiere a un proceso selectivo para puestos de funcionario interino, analiza el tema. Concretamente, se trataba de unas bases reguladoras para cubrir interinidades funcionariales que no admitía la baremación de servicios prestados como personal laboral, por lo que fue impugnada como lesiva del principio de igualdad en la ley, al entender los recurrentes que no existía una justificación razonable para no baremar tales servicios, ya que no diferían de los prestados como funcionarios en el caso analizado (veterinarios). La sentencia, sin embargo, no entiende que ambos tipos de servicios sean equiparables, señalando que la limitación impuesta en las bases impugnadas implica una diferencia de trato “que parte de la diferenciación entre funcionarios y laborales y de la distinción entre la prestación de servicio en una u otra condición”, la cual “no puede en modo alguno calificarse como fundada en un criterio artificioso o injustificado”.

En cuanto a la valoración de los cursos de formación, deben establecerse reglas que aseguren que se trata de cursos con un mínimo de rigor tanto en su contenido como en la efectiva realización por el interesado. Y debe establecerse expresamente la obligación de baremar como cursos los cursos de doctorado realizados en la Universidad, que son cursos y horas lectivas, independientemente del título de Doctor, que sólo se obtiene mediante la realización de la tesis doctoral. Por otro lado, la ley debe establecer la prohibición de atribuir distinta puntuación a los cursos de formación en función de la Administración Pública que los imparta.

Otra cuestión que debe destacarse es que, en numerosas ocasiones las bases reguladoras exigen que el curso esté relacionado no con los conocimientos o práctica necesaria para acceder al Cuerpo funcional o categoría laboral, sino que esté relacionado “directamente con las funciones” del Cuerpo funcional o puesto de trabajo. Esta circunstancia no es admisible, porque da lugar a que

⁵⁵¹ El Defensor del Pueblo Andaluz, en el informe del ejercicio 2005, señaló que “en todo caso, esta Institución considera que los servicios prestados en cualquier Administración Pública que deban ser objeto de valoración, lo serían siempre y cuando se hubiese accedido a la situación de contratado o interino por medio de convocatorias públicas en las que se contemplaran los méritos y capacidades en condiciones de igualdad para todos los ciudadanos que desean acceder a la Función Pública”.

solamente los cursos impartidos por la Administración a su propio personal sean los susceptibles de ser valorados.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 abril 2011 se ha referido a unas bases reguladoras que valoraban los “cursos de formación de carácter oficial en materias relacionadas directamente con las funciones del Cuerpo convocado”, y ha señalado que “un mérito de configuración semejante y para el supuesto de un concurso-oposición convocado en el marco de un procedimiento de consolidación de empleo ha sido analizado por la sentencia de la Sala 3ª y Sección 7ª de Tribunal Supremo de 8 de junio de 2005, la cual y en el fundamento de derecho 11º razona sobre mismo lo siguiente: "En la valoración de los cursos de formación se exige que guarden relación directa con las tareas propias de conjunto de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a los que optan. Al calificar de directa la relación que se exige entre los cursos y las plazas a que se opta es muy difícil, sino imposible, que se hayan podido realizar sin estar vinculado a la Administración, por lo que se está favoreciendo a los funcionarios interinos". (...) se presenta muy difícil la posibilidad de realización de uno de esos cursos por un aspirante que no fuera personal temporal o funcionario interino ya que las más de las veces se imparten a los sujetos que reúnan esas condiciones. Desde esta perspectiva concurre un favorecimiento injustificado para los temporales o los interinos que es contrario al principio de igualdad en el acceso al empleo público sancionado en el artículo 23.2 de la Constitución de 1978”.

En cuanto a las becas, debe establecerse la obligación de incluirlas en los baremos, pues son un mérito. Pero deben ser baremadas en función de su efectivo disfrute por el interesado, no por el mero hecho de haber sido obtenidas.

Por otro lado, la no inclusión de alguno de estos méritos en los baremos es inconstitucional por ser contrario a los principios de mérito y capacidad, ya que todos ellos son manifestación del mérito y capacidad del aspirante y son prueba de los conocimientos adquiridos en la materia. No existe ninguna razón objetiva que justifique su exclusión, y sí viene impuesta su inclusión por los citados principios.

Por otra parte, está también la compleja cuestión de la baremación atribuida a cada mérito, es decir, la ponderación relativa entre los méritos. Precisamente, uno de los mayores problemas de nuestro sistema es la sobrevaloración que viene realizándose de los servicios prestados con ocasión de los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal, tema que se analiza en el apartado 8 del Capítulo 3 de esta tesis doctoral, al que me remito. También procede aludir a la sobrevaloración de los cursos de formación respecto de otras fuentes de formación: así, se sobrevaloran los cursos de formación respecto de la tenencia de otras licenciaturas universitarias relacionadas con el Cuerpo funcional o Categoría laboral. Resulta inadmisibles que la suma de varios cursos de formación a distancia que no incluyen exámenes rigurosos de conocimientos sean valorados con mayor puntuación que una licenciatura o un título de doctor.

En esta línea, puede citarse el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz del año 2003, donde se indica, en relación con la queja 02/1508, que “se observa en los méritos del proceso selectivo de esta queja, cómo a un título de Experto en Género e Igualdad de Oportunidades, se le otorgan 2 puntos, discriminando por su parte a una posible Licenciatura Universitaria a la que se le concedería tan sólo 0’5 puntos”.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que todos los méritos baremables han de estar directamente relacionados con el mérito y capacidad. En este sentido, puede citarse como ejemplo las consideraciones del Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe de 2003 en relación con la queja 02/1508, donde se indica que “la puntuación a conceder a los aspirantes por «la antigüedad en desempleo, como demandante de empleo en el INEM», no estimamos que pueda constituir una circunstancia relevante para determinar la cualificación profesional de los aspirantes a ocupar un puesto de trabajo, no siendo por tanto incluíble en la previsión que respecto de los principios de mérito y capacidad establece el artículo 103.2 de la Constitución”.

Debe analizarse también cuál deba ser al orden de las fases de oposición y de concurso, para la Administración General del Estado el Real Decreto 364/1995 dispone que en primer lugar se celebra la fase de concurso, y luego la de oposición. No obstante, este orden no parece muy lógico, puesto que hay aspirantes que no se presentan finalmente a las pruebas o exámenes de la fase de oposición, y hay aspirantes que, presentándose, no superan esta fase de oposición, por lo que resulta poco útil que el órgano de selección realice la tarea (en muchas ocasiones ardua por el volumen de aspirantes) de baremar a todos los aspirantes *ab initio*.

En todo caso, entiende FÉREZ FERNÁNDEZ, con cita de la STC 67/1989, que cuando la fase de concurso se haga en primer lugar, no puede ser eliminatoria, pues el principio de igualdad exige tener la oportunidad de demostrar la suficiencia de conocimientos.⁵⁵² Sin embargo, quizás hay que ir más allá, en el sentido de imponer en primer lugar la celebración de la fase de oposición, para evitar riesgos de favoritismo en la elaboración y corrección de las pruebas. Igualmente, la fase de actuaciones complementarias, como las entrevistas, no debería dejarse para el final, pues pueden ser utilizadas para alterar los resultados ya muy definidos en las fases previas.

Así, como indica ILDEFONSO HUERTAS,⁵⁵³ en Italia existen varias medidas con el objetivo de asegurar que la parte de baremación de méritos no tenga una incidencia decisiva frente a la parte de oposición. Así, se establece que la valoración de méritos se realice antes de corregir los exámenes escritos, de

⁵⁵² FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Capítulo IV”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007, pg. 291. En esta línea, ver el artículo 4.c) del Real Decreto 896/1991.

⁵⁵³ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 60.

manera que quien barema los méritos aún no conoce el ranking de resultados derivado de la prueba escrita ya celebrada. Y a los méritos no podrá darse una puntuación igual o superior a un tercio de la nota total.

En esta línea, puede citarse el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), que, al tratar de la cuestión de la valoración de los criterios para adjudicar los contratos, establece una norma de cautela para evitar que la valoración de los criterios más subjetivos sea utilizada para compensar la valoración resultante de los criterios objetivos. Así, dispone que “la evaluación de las Ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”.

Finalmente debe recordarse que la necesidad de que la ley regule los extremos aquí expuestos sobre diseño de los procedimientos de concurso-oposición se deriva no sólo del riesgo de manipulación de los procesos selectivos para favorecer ilegítimamente a personas concretas, sino también en el deber de predeterminación normativa que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, tal y como se ha expuesto en el Capítulo 2 de la presente tesis doctoral.

4.- EL CONCURSO

El sistema de concurso se caracteriza porque no se realizan los exámenes y pruebas de capacidad propios de las oposiciones, sino que solamente se valora el currículum del aspirante, a través de la puntuación de una serie de méritos. Incluso cabe la celebración de entrevistas, en el caso de los funcionarios propios de la Administración local, según resulta del artículo 4.c) del Real Decreto 896/1991.

Se ha indicado que el concurso parece el sistema adecuado para seleccionar funcionarios para cubrir plazas específicas y muy cualificadas, con funciones similares a las propias de las empresas privadas, y que, por lo tanto, requieren una experiencia en dicho ámbito privado no susceptible de ser acreditada a través del tradicional sistema de la oposición⁵⁵⁴, especialmente en el caso del personal directivo⁵⁵⁵, respecto del cual se busca experiencia profesional previa, incluso fuera de la Administración Pública. Por ello, se ha entendido que

⁵⁵⁴ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo. II. Organización y empleo público*, Madrid, 1999, pg. 459.

⁵⁵⁵ MARTÍN REBOLLO, L., Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 13.

sólo cabe recurrir al concurso cuando se trate de proveer empleos de alto nivel con personas de relevantes méritos y extraordinarias condiciones.⁵⁵⁶

En esta línea, el Real Decreto 364/1995 admite la utilización del concurso-oposición y, excepcionalmente, del concurso, cuando sea más adecuado “por la naturaleza de las funciones a desempeñar”. Ahora bien, estas circunstancias son un concepto jurídico indeterminado, que debe ser interpretado muy restrictivamente, dado el carácter excepcional del concurso⁵⁵⁷. Sin embargo, la práctica demuestra que las Administraciones han sido muy laxas al interpretar este concepto, y han utilizado la figura del concurso más allá de lo permitido.

Un ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1990, relativa a la Resolución de 18 de 9 de 1985 de la Diputación Provincial de Málaga que convoca concurso de méritos libre para la provisión de 34 plazas de funcionarios del Subgrupo de la Administración Especial, Médicos Especialistas. La sentencia señala que el concurso libre no es el sistema adecuado para proveer en propiedad plazas de funcionarios, porque la Ley 30/84, dispone que los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos de trabajo, y esos procedimientos de selección fueron concretados por el Real Decreto 2223/84, que en su artículo 4 establece para los Cuerpos y Escalas de Funcionarios de la Administración Civil del Estado el sistema de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso oposición y excepcionalmente el concurso. A ello añade que la Disposición Adicional 6ª de la Ley 30/1984 permite el acceso a la función pública de los contratados o interinos condicionado a la realización y superación de unas pruebas selectivas, concluyendo la sentencia que de todo ello “se infiere que el sistema normal de acceso a la función pública es el sistema de oposición y que sólo se puede adoptar otro cuando se justifique, se razona adecuadamente que concurren los supuestos precisos para adoptar el del concurso oposición o incluso excepcionalmente el concurso”. Por ello, declara ilegal el sistema de concurso “sin justificar que concurren los supuestos o condiciones necesarias para adoptar los sistemas sustitutorios”.

Así, la doctrina ha venido destacando también el reiterado uso abusivo del concurso que las Administraciones Públicas y demás Entidades convocantes han venido realizando.⁵⁵⁸ Y es que, con la legislación vigente, y también con la anterior,

⁵⁵⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 34.

⁵⁵⁷ PUERTA SEGUIDO, F., “El acceso al empleo público”, op.cit., pg. 486.

⁵⁵⁸ Cuando la normativa no impone la tramitación del concurso de méritos, sino que exige una justificación especial para admitirlo, el Tribunal Supremo ha señalado que “es necesario que existan razones justificadas de verdadera entidad, sin que sea suficiente la de que en este puesto haya de valorarse más la experiencia profesional que los solos conocimientos técnicos, o la de que por ser el único puesto técnico haya de realizar multiplicidad de funciones o la de que por esa unicidad de puesto no sirva un teórico sin experiencia, que no podría formarse al lado de los veteranos, que son las razones dadas

la Administración convocante cuenta con un amplio margen de discrecionalidad para fijar los méritos susceptibles de valoración y la puntuación atribuible a cada uno de ellos, lo cual, en manos de algunos, constituye una potente arma para diseñar procesos selectivos a medida de personas concretas (a lo que suele denominarse “traje a medida”).⁵⁵⁹ Este riesgo (sobradamente conocido en la práctica) es intolerable, si tenemos en cuenta la existencia de otros sistemas como el concurso-oposición la oposición. Por ello, resulta plenamente acertada la previsión del Estatuto Básico del Empleado Público, que en su artículo 61.6 exige, para poder utilizar el concurso, la promulgación de una ley⁵⁶⁰, y solamente en casos excepcionales⁵⁶¹. Esta relegación del concurso de méritos se explica, según

por el Ayuntamiento demandado, porque, además de que esa conveniencia de experiencia profesional es común a todos o por lo menos a la mayor parte de los puestos de trabajo, es posible su valoración adecuada, a través de un concurso-oposición, en el que además también podrían valorarse los conocimientos tanto teóricos, como prácticos”. (STS de 21 julio 1994).

⁵⁵⁹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 142 y ss. A su vez, cita a DEL SAZ CORDERO, en lo que se refiere a la amplia discrecionalidad que el sistema de concurso atribuye a la Administración (DEL SAZ CORDERO, S., *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pg. 72), MARTÍN REBOLLO, L., Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 13, y RAMIÓ MATAS, C., ponencia en el Curso *El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público*, MAP, Santander, 2007.

Además, el concurso ha sido también utilizado para las “pruebas restringidas” con fines “clientelares o de favoritismo”, en el denominado “turno de plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas” o “turno de funcionarización”. (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 34).

⁵⁶⁰ La exigencia de que el concurso se establezca por ley parece implicar la promulgación de una ley *ad hoc* para cada caso. Sin embargo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en su artículo 47 establece que “los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo son la oposición y el concurso-oposición”, pero añade, en abstracto y con carácter general, que “el sistema de concurso puede utilizarse en los siguientes casos:

a. Cuando se trate del acceso alguno de los siguientes Cuerpos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha: Cuerpo Superior Técnico, Cuerpo Superior de Administración sanitaria y Salud Pública, Cuerpo Superior de Servicios Sociales, Cuerpo de Gestión Técnico, Cuerpo de Gestión de Administración sanitaria y Salud Pública o Cuerpo de Gestión de Servicios Sociales, o a alguna de sus especialidades, y, además, en los dos últimos procesos selectivos el número de personas aspirantes aprobadas sea igual o inferior al setenta y cinco por ciento de las plazas convocadas o el número de personas que se hayan presentado a la primera o única prueba sea inferior al de plazas convocadas.

b. Cuando se trate del acceso por promoción interna a los Cuerpos de personal funcionario previstos en el artículo 65.4, así como del acceso por promoción interna al Cuerpo Profesional de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones desde el Cuerpo Administrativo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y al Cuerpo de Letrados desde el Cuerpo Superior Jurídico”.

⁵⁶¹ Aunque esta previsión sólo se ha establecido para el personal funcionario. Curiosamente, JIMÉNEZ ASENSIO considera negativamente la reducción de la operatividad del concurso en el campo de la selección de funcionarios. (JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008, pg. 88).

ciertos autores⁵⁶², como la traducción normativa de la desconfianza que rodea a este sistema, aunque el mismo haya sido declarado compatible con la Constitución Española.⁵⁶³

Un buen ejemplo⁵⁶⁴ sobre las dudas que plantea el uso del concurso, y que merece la pena reproducir aquí, puede verse en el artículo publicado en <http://contencioso.es/2011/10/08/el-procedimiento-selectivo-mas-dificil-del-mundo/comment-page-1/#comment-15018>, donde se analiza una “Convocatoria de una plaza de Técnico/a medio de apoyo a la dirección (calidad- planificación). Gabinete Técnico del Rectorado. (grupo II)”, aprobada por una Universidad pública⁵⁶⁵, y se comenta lo siguiente:

“No se trata de una Oposición sino de un procedimiento de Concurso, así que no habrá prueba competitiva de demostración de capacidad. (...) No deja de ser curioso que siendo una plaza directiva y para la que existe Cuerpos y Escalas de funcionarios capacitados, la misma se oferte en régimen laboral, pero (...) hemos de rechazar que la Universidad esté optando por la “gatera” de un concurso de méritos en vez de un “arco metálico de control” que es una oposición.

También la plaza tiene una curiosa singularidad(...) porque su denominación “Técnico medio de apoyo a la dirección (calidad-planificación)” no ayuda mucho, ya que no hay ninguna titulación oficial que encajase en tan genérica denominación, y hablar de “apoyo a la dirección”, (...) cubre el puesto de asesor, ejecutivo, chivato, directivo, mayordomo, mamporrero, tiralevitas, confidente o similar; tampoco ayuda la referencia a “Calidad” o a “Planificación” sin mayores precisiones (calidad ¿de qué?, o planificar ¿el qué?). (...) se valoran dos conceptos distintos que califica de “Méritos” y de “Competencias”. (...) Aplicaciones específicas: las propias del ámbito de actuación (¿ehhhh?) Conocimientos específicos. Metodología específicas del ámbito de actuación... (¿ehhhhhhh?). Legislación universitaria y otras disposiciones generales (¿ehhhhhhh?) Normativa propia de la Universidad. Legislación propia del ámbito de actuación (¿ehhhhhhh?).

(...) 2ª Prueba. No eliminatoria. Realizar un test de capacidades y habilidades. Su resultado será “orientativo para el Tribunal”. 3ª Prueba.

⁵⁶² VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 94.

⁵⁶³ Ver DEL SAZ CORDERO, S., *Contrato laboral y función pública*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pgs. 72 y 73.

⁵⁶⁴ Los ejemplos de baremaciones contrarias a los principios de mérito y capacidad abundan, por desgracia, pudiendo citarse también los destacados por el Defensor del Pueblo en su Informe de 1990: el establecimiento de la residencia en el municipio como condición necesaria de los aspirantes a un puesto de trabajo ofertado por un Ayuntamiento (queja 8901255), y la residencia en la comunidad autónoma como mérito muy cualificado para cubrir una plaza en un Hospital del Sistema Nacional de la Salud (queja 8918902).

⁵⁶⁵ La convocatoria se publicó en el BOE nº. 236, de 30 de septiembre de 2011, pg. 103337 y en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya nº. 5963, de 14 de septiembre de 2011, pg. 48053.

Eliminatoria. Valoración de conocimientos generales sobre el sistema universitario y sobre las funciones y tareas a realizar como Técnico de Apoyo a la Dirección que podrá incluir uno o más supuestos teóricos y prácticos. (¡Caramba! (...) no sabemos las funciones, tampoco el número de supuestos, ni si va a ser una prueba teórica, práctica o mixta). Finalmente, la convocatoria incluye literalmente el estudio del curriculum del aspirante que valorará especialmente la formación relacionada con las tareas del puesto de trabajo y la experiencia en trabajos similares. (...) No hay manera de saber si esto es una prueba, o si el Tribunal lo hará por entretenimiento, tampoco dice la convocatoria si esa valoración curricular es eliminatoria o no. Curiosamente, fuera de las pruebas figura de forma llamativa lo que se denomina Entrevista. Eliminatoria. (...) las bases ni dicen sobre qué va la entrevista, ni cómo se puntúa. (...) El Tribunal estaba formado por cinco personas que se identificaban por sus nombres completos, sin la menor indicación de su cargo, titulación o formación, ni vinculación con la Universidad convocante. No había manera de saber ni la especialización de los vocales ni si podrían estar incursos en alguna causa de recusación ni a qué título formaban parte del Tribunal”.

El contenido de esta convocatoria no parece ajustarse, en principio, a los principios de mérito y capacidad, y reúne todos los aspectos “sospechosos” que vienen siendo denunciados por la doctrina: elección del vínculo laboral en lugar del funcional, elección del sistema de concurso (que precisamente no hubiera sido posible en el caso de elegir el vínculo funcional), poca precisión en los méritos baremables y su valoración, uso de la entrevista y elección discrecional de los miembros del órgano de selección. Y es que, como indica el Defensor del Pueblo en su Recomendación 27/2004, aunque el concurso pueda resultar un sistema adecuado para la selección de personal para plazas muy específicas, se ha constatado que, al carecer de un examen o prueba objetiva, “puede ampliar hasta extremos insospechados la discrecionalidad de la Administración para fijar y aplicar los baremos o méritos, y conducir en la práctica al incumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad”. Por tanto, el Defensor reconoce que la idoneidad que, en abstracto, puede tener el concurso para determinados puestos muy singularizados, acaba cediendo frente al riesgo de manipulación de los baremos de los concursos, por lo que acaba postulando la necesaria utilización de los exámenes en el acceso del personal laboral.

En último lugar, debemos indicar que el artículo 61.6 EBEP implica y confirma que si se promulga una ley que autorice el uso del concurso, y realmente no concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, dicha ley podrá ser declarada inconstitucional, por vulnerar el derecho del artículo 23.2 CE, al no utilizar un sistema selectivo que se ajuste más a los principios de mérito y capacidad como reflejo del principio de igualdad. Por tanto, si bien es cierto que es una ley, el citado Estatuto Básico, la que establece dichos requisitos para el uso del concurso (excepcionalidad y establecimiento por ley), lo cierto es que estos requisitos pueden inferirse de la propia naturaleza del derecho fundamental de

acceso a la función pública en condiciones de igualdad, ya que, en general, es un proceso que asegura en menor grado la vigencia de los principios de mérito y capacidad. Finalmente, debe indicarse que en la configuración del baremo del concurso rigen las reglas y consideraciones expuestas en el apartado anterior del presente trabajo al tratar de la fase de baremación en el sistema de concurso-oposición.

5.- ACTUACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 61.5 EBEP

5.1.- Introducción

El artículo 61.5 del EBEP establece que *“para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos”*. Por tanto, el empleo de técnicas más innovadoras, tales como la entrevista o el test psicotécnico, se ha elevado a norma básica.⁵⁶⁶ Aunque la lista de técnicas del artículo 61.5 parece una lista cerrada, lo cual, a juicio de CANTERO MARTÍNEZ⁵⁶⁷ se compadece mal con la flexibilidad que demandan los sistemas selectivos modernos. En cuanto a la superación de cursos y a la superación de períodos de prácticas, las mismas vienen siendo utilizadas de forma tradicional en diversos Cuerpos funcionariales. Lo mismo puede decirse de los reconocimientos médicos. El resto de técnicas sí reviste un carácter más innovador, en cuanto que se ha ido incorporando a los procesos selectivos en tiempos más recientes, y además su utilización no está exenta de polémicas, en la medida en que son más susceptibles de ser utilizadas para favorecer a personas determinadas en perjuicio de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El propio Informe de la Comisión de estudio del EBEP señalaba que “en ciertos casos, otras fórmulas e instrumentos, como las entrevistas personales, los cursos verdaderamente selectivos o los períodos de prueba, pueden tener mayor importancia que hasta ahora y resultar métodos de selección más eficaces”. Dado que estas pruebas en muchos casos son eliminatorias y en otros muchos son determinantes del resultado del proceso selectivo, debe analizarse si son respetuosas con los principios de mérito y capacidad. Se efectúan a continuación algunas consideraciones sobre cada una de las actuaciones o pruebas complementarias citadas en el artículo 61.5 EBEP.

⁵⁶⁶ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 61. Sistemas Selectivos”, op.cit., pg. 673.

⁵⁶⁷ Op.cit., pg. 673.

5.2.- La entrevista

La entrevista ha sido tradicionalmente criticada por su subjetividad y baja fiabilidad, de modo que puede ser utilizada para seleccionar al candidato predeterminado en los procesos selectivos diseñados *ad personam*. En esta línea, destaca PÉREZ LUQUE⁵⁶⁸ que en muchas ocasiones en la práctica se realiza un verdadero “pseudoconcurso, que se convierte en la mayoría de las veces en un sistema *ad hoc*, un traje a medida del candidato elegido” de antemano. Incluso se ha defendido que la entrevista no sea puntuable, sino que solamente pueda realizarse “para aclaración y ampliación de los méritos acreditados por el aspirante”.⁵⁶⁹ Se ha señalado que la entrevista no proporciona la necesaria seguridad jurídica en cuanto a las preguntas que la componen y los criterios para su valoración. En esta línea, FÉREZ FERNÁNDEZ⁵⁷⁰ destaca que la entrevista se ha caracterizado por carecer de una regulación mínima y se ha visto desprestigiada por su incorrecto uso, presentando, entre otros, los siguientes problemas:

- Hacer la entrevista sin que esté formalmente constituido el tribunal calificador o la distribución de funciones entre sus miembros.

- Hacer la entrevista sin haber acordado las preguntas y los criterios de valoración de las respuestas.

- No dejar constancia documental de la entrevista, “haciendo incontrolable cualquier arbitrariedad”.

Debe destacarse además que, si los órganos judiciales son renuentes a entrar a valorar las decisiones de los órganos de selección sobre baremación de méritos, por entender que no es revisable la discrecionalidad técnica, aún más renuentes son en valorar la corrección de las entrevistas, donde el margen de apreciación es mucho mayor, siendo necesario evitar que se alcance la arbitrariedad.⁵⁷¹

Como ejemplo muy representativo de los problemas que plantea el uso de la entrevista, puede citarse la queja nº. 9027533 del Informe del Defensor del Pueblo de 1991, en la que el interesado denunciaba irregularidades en el proceso selectivo convocado por un Ayuntamiento para cubrir una plaza de celador en una residencia municipal. El Defensor del pueblo consideró que en el desarrollo de dicho proceso existió “predeterminación por parte del tribunal seleccionador del candidato a quien debería adjudicarse la plaza, y que finalmente fue seleccionado,

⁵⁶⁸ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 469. En el mismo sentido, SOLANA PÉREZ, A., “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”, en AA.VV., *Lecciones de función pública*, Dir. CASTILLO BLANCO, F.A., CEMCI, Granada, 2002, pg. 100 y ss.

⁵⁶⁹ Informe del Defensor del Pueblo del año 2003, apartado 2.6.1., queja 02/1508.

⁵⁷⁰ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Capítulo IV”, op.cit., pg. 188.

⁵⁷¹ GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., “A vueltas...”, op.cit., pg. 551 y ss.

en detrimento del mejor derecho de otro de los aspirantes, el promovente de la queja, cuyos méritos demostrados en las pruebas objetivas habían sido claramente superiores”.

En particular, se refirió al “problema del excesivo margen de discrecionalidad concedido en ocasiones a los órganos de selección para valorar las entrevistas personales, margen cuya magnitud puede desvirtuar, como así sucedió en el último caso planteado, la vigencia de los principios constitucionales que deben regir el acceso a la Función Pública, toda vez que la asignación de un alto número de puntos en la única prueba que no tiene carácter objetivo desfigura los resultados de los otros ejercicios de carácter objetivo y, mucho más, si nos atenemos a la incidencia real de dicha prueba subjetiva respecto del global de la oposición”.

En concreto, en el caso de la queja de referencia, “para el candidato seleccionado la puntuación obtenida en la entrevista fue prácticamente el cincuenta por ciento de su puntuación total, habiendo gozado el órgano de selección de un margen de maniobra tal, respecto de la puntuación comparativa de ambos candidatos, que se posibilitó finalmente asignarle la plaza a uno de ellos por una diferencia de apenas unas décimas, sobre otro aspirante que había demostrado su mejor preparación en las pruebas objetivas”

Como ejemplo de desconfianza hacia la entrevista puede citarse la sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de mayo de 2008, que inadmitió el uso de la entrevista conductual en el proceso para la provisión en comisión de servicios de puestos de trabajo en la Administración General vasca, por entender que dicha entrevista padece una “acusada subjetividad” que la hace incompatible con los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como no está plenamente respaldada por el método científico. Concretamente, la sentencia se refiere a “la ausencia de una cumplida justificación que autorice a concluir que su utilización está plenamente respaldada por el método científico, justificación que no aparece en el expediente administrativo ni se ha ofrecido en fase probatoria mediante una cumplida prueba pericial. Únicamente se ha aportado una fotocopia de un documento cuya lectura no autoriza a extraer nada concluyente.

Ni permite determinar el campo del saber en que cabe incardinar la utilización de la llamada entrevista conductual estructurada, ni realmente en qué consiste y cuáles son sus fundamentos y anclajes en la doctrina científica. Su acusada subjetividad la hace incompatible con el principio constitucional de acceso en condiciones de igualdad a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y con los requisitos que señalen las leyes, en la medida en que dicha metodología no ha sido recepcionada en la legislación funcional por Ley alguna, y de otro lado no queda justificada debidamente que se cohoneste con los principios de mérito y capacidad, únicos cánones válidos para seleccionar al personal de la Administración pública, que a diferencia de los agentes privados que en el momento de la selección de su personal obran con la más amplia

libertad, se halla constreñida por una estricta legalidad procedimental en garantía precisamente del principio de igualdad en el acceso de todos los aspirantes".

Sin embargo, esta sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo, que, en la sentencia de 28 marzo 2011 señala que dicha sentencia "no explica por qué descalifica la ECE ya que, más allá de las rotundas manifestaciones que le dedica no señala en virtud de qué concretos motivos llega a ellas ni por qué no da valor a un artículo científico publicado en una revista de esa misma naturaleza y obra de autores a los que ha de reconocérseles la capacidad técnica para opinar al respecto".

En esta línea, autores como CANTERO MARTÍNEZ⁵⁷² son favorables al uso de la entrevista, especialmente la entrevista conductual estructurada.⁵⁷³ Concretamente esta autora entiende que en el caso analizado por la citada sentencia del TSJ del País Vasco, "parece poco creíble la imputación de subjetividad", ya que existían una serie de cautelas, entre ellas la grabación de todos los candidatos entrevistados y la baremación de sus respuestas de acuerdo con unos criterios. Además, destaca que los entrevistadores eran designados por la Administración convocante entre miembros que habían superado un curso de homologación en entrevista conductual estructurada organizado u homologado por el Instituto Vasco de Administración Pública.

Sin embargo, precisamente esta forma de selección de los entrevistadores, discrecionalmente por la propia Administración interesada, no encaja con la salvaguarda de la imparcialidad, todavía más necesaria si se trata de métodos más difícilmente controlables, como la entrevista. En definitiva, cabe preguntarse si la entrevista es compatible con un sistema objetivo de puntuación y, por tanto, si es compatible con los principios constitucionales de mérito y capacidad.⁵⁷⁴

El problema de la subjetividad de las entrevistas y su viabilidad como prueba de selección fue objeto de análisis en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 1993, en la que se impugnaba la utilización de la entrevista en los concursos de méritos específicos del personal funcionario en el reglamento estatal de provisión de puestos de 1990. Los recurrentes alegaban que se "introduce con ello un elemento de subjetividad y de discrecionalidad técnica secreta, no controlable por el poder judicial, que desnaturaliza la estricta objetividad del concurso, referido a méritos objetivados de modo apriorístico, y en el que el

⁵⁷² CANTERO MARTÍNEZ, J., "Artículo 61. Sistemas Selectivos", op.cit., pg. 675.

⁵⁷³ Remitiéndose a GORRITI BONTIGUI, M., y LÓPEZ BASTERRA, J., *Identificación de criterios de desempeño a partir del análisis de puestos*, IVAP, Oñati, 2009, y al estudio realizado en los puestos de jefatura de la Administración General vasca por GORRITI, M., SALGADO, J., y MOSCOS, S., en "La entrevista estructurada y el desempeño laboral en la Administración Pública española: propiedades psicométricas y reacciones de justicia", *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, volumen 23, nº. 1, 2007, pg. 151 y ss.

⁵⁷⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública*.

elemento subjetivo de apreciación por la Comisión de Valoración se limita al máximo”.

Por su parte, el Tribunal Supremo señaló que “no estimamos que la entrevista desnaturalice el concurso, ni que sea contraria a su estructura, (...), se trata tan sólo de un medio de comprobación de los méritos alegados, y en tal sentido, sirve para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad. Resulta excesivo calificar la entrevista de examen secreto sin garantías, pues en ella, si se efectúa correctamente, cual debe presumirse, tan sólo se deben evaluar los méritos alegados por el concursante, lo que es base de objetividad suficiente. La especial idoneidad de la entrevista para comprobar con ella que determinados méritos alegados corresponden en efecto al aspirante y no se simulan con simples apariencias documentales (piénsese, por ejemplo, en estudios y trabajos científicos que pueden aportarse como propios y cuya elaboración puede ser de terceros), compensaría el posible mayor grado de subjetivismo en la ponderación, si es que realmente lo hubiera”.

Añadió además que en la entrevista “sólo se deben evaluar los méritos alegados por el concursante”. Entonces, cabe plantearse qué añade la entrevista a la baremación de los méritos según el baremo preestablecido en las bases reguladoras⁵⁷⁵. La entrevista, tal y como la define el Tribunal Supremo, se convierte en un acto de baremación de méritos, pero con la diferencia de que en la entrevista el baremo lo acaba fijando *de facto* el entrevistador, lo cual genera una intolerable inseguridad jurídica. En cuanto a que “resulta excesivo calificar la entrevista de examen secreto”, creo que, en toda regla, la entrevista es una actuación secreta, salvo que se realice con libre acceso de público y quede constancia de ella por medios audiovisuales. Y quedando claro que de poco sirve tener grabadas y archivadas las entrevistas si luego no hay acceso público a ellas e incluso se impide su visionado a los demás participantes en el proceso selectivo. En este sentido, entiende PÉREZ LUQUE⁵⁷⁶ que la publicidad de las entrevistas contribuiría a su objetividad.

Finalmente, la citada sentencia realiza una ponderación entre dos riesgos: por un lado, el riesgo de que los méritos alegados sean ficticios, y por otro lado, el riesgo de que el entrevistador actúe subjetivamente, es decir, arbitrariamente, optando por aceptar este último riesgo, para eliminar el primer riesgo. Esta opción

⁵⁷⁵ En este sentido, la figura de la entrevista curricular ha sido asumida por el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local (que no son de habilitación nacional), que dispone que “*en los sistemas de concurso o concurso-oposición podrán establecerse entrevistas curriculares*”. El concepto de entrevista curricular resulta contradictorio si tenemos en cuenta que estamos ante un concurso en el que se valoran méritos. Así, la entrevista curricular, como dice su propio nombre, versa sobre los méritos con los que cuenta el aspirante en su currículum, de manera que, en definitiva, se trata de valorar esos méritos, cosa que puede hacerse perfectamente utilizando un baremo objetivo de puntos.

⁵⁷⁶ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 464.

muestra una clara preferencia por la actuación de los órganos de selección y una desconfianza hacia el opositor. Desde luego que es posible que existan méritos ficticios que no responden a un verdadero esfuerzo por parte del opositor, pero este riesgo debe ubicarse en su justa medida. La mayor o menor virtualidad de este riesgo depende también en gran medida del diseño de la baremación: si se da relevancia a criterios como la experiencia en el trabajo, la realización de estudios académicos (carreras universitarias, doctorados) el expediente académico, etc., resulta muy difícil que la documentación aportada no se corresponda con las cualidades objetivas del aspirante. Por ello, resulta desproporcionado autorizar, como hace esta sentencia, la posibilidad de que se realicen entrevistas subjetivas y arbitrarias con base en la posibilidad (que no gran probabilidad) de que los méritos alegados por los concursantes sean ficticios. En cambio, sí se aprecia una excesiva confianza del Tribunal Supremo en los entrevistadores, aunque no se hace ninguna mención a cómo han sido designados ni a qué garantías de imparcialidad y especialidad técnica les rodean, garantías éstas que son esenciales si se tiene en cuenta que las actuaciones de estos entrevistadores van a afectar al proceso selectivo de acceso al empleo público.

En todo caso, puede concluirse que la jurisprudencia admite la utilización de la entrevista en los procesos selectivos. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 diciembre 2011 (referida a un proceso selectivo de bombero en el que figuraba una prueba de “evaluación psicológica” integrada por unas pruebas psicológicas y una entrevista personal), señala que “respecto a la entrevista debemos indicar, que según la convocatoria en concreto puede constituir una prueba selectiva y adecuada para la elección de los aspirantes idóneos a cada puesto, y también configurada como método de contraste y ampliación de los datos obtenidos por otras pruebas. (...) El Tribunal Supremo ha admitido en múltiples sentencias la adecuación del establecimiento de una entrevista personal de los aspirantes como medio idóneo para determinar el conocimiento real y la aptitud para el desempeño de un determinado puesto de trabajo”.

Otro de los problemas que plantea la entrevista es su control judicial. Al respecto, y en relación con los concursos de méritos específicos (en los que se realizan entrevistas), señala PÉREZ LUQUE⁵⁷⁷ que la entrevista, al tener un alto componente de “discrecionalidad técnica”, es muy difícil de fiscalizar, añadiéndose a ello que en la entrevista, “al ser oral, las palabras se las lleva el viento y ninguna prueba queda de lo que se ha dicho”.

Además, debido a que el contenido de las entrevistas de personalidad afecta al derecho fundamental a la intimidad, los órganos judiciales se niegan a facilitar a los participantes información sobre el contenido de las entrevistas de los demás participantes, lo cual podría entenderse que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, pues el participante que impugna el proceso selectivo no puede

⁵⁷⁷ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 468.

conocer de qué manera han sido valorados los demás aspirantes, ni establecer términos de comparación para determinar si hubo trato desigual o arbitrariedad.

Esta situación ha sido objeto de análisis en el Auto del Tribunal Constitucional 272/1998, referido a las entrevistas que formaban parte del procedimiento de obtención de becas convocadas por AENA para realizar los Cursos Básicos de Formación de Controladores de la Circulación Aérea en la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, para la obtención de la Licencia de Controlador Aéreo. La obtención de esta Licencia permitía ser contratado temporalmente por AENA. Como puede verse, no se trata de procedimientos de acceso a la condición de funcionario público, pero sí afectan al acceso al empleo laboral en un Ente Público, por lo que está en juego el artículo 14 CE, y rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Una participante en dicho proceso selectivo impugnó su exclusión del mismo ante la jurisdicción contencioso-administrativa, solicitando como prueba la acreditación de las calificaciones obtenidas por los restantes aspirantes en las tres fases de que constaba el concurso, lo que incluía las obtenidas en las entrevistas. El órgano judicial admitió la remisión de las calificaciones respecto de las pruebas de inglés pero no respecto del resto, es decir, de las entrevistas y test psicotécnicos, argumentando que ello se debía a la necesidad de salvaguardar el derecho a la intimidad de los participantes en el proceso selectivo. Al respecto, el ATC señala que “esta motivación es razonable y suficiente para limitar el derecho a la prueba de la demandante que, conforme este Tribunal viene reiteradamente señalando, se configura en el precepto invocado como el derecho a la utilización de los medios probatorios que el Tribunal considere pertinentes de forma motivada, pero no a todos los solicitados por el interesado.

Dado que, aunque se facilitara esta información al aspirante que recurre, sería muy complicado que los órganos judiciales entraran a fondo en el análisis de las pruebas de personalidad, teniendo en cuenta especialmente la doctrina sobre la no revisabilidad de la discrecionalidad técnica, lo más adecuado es adoptar las dos siguientes precauciones:

a) Que la ley obligue expresamente a las bases reguladoras a fijar detalladamente la estructura y criterios de valoración de este tipo de pruebas.

Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 15 diciembre 2011 señala que “ciertamente la entrevista tiene un componente subjetivo en cuanto que se trata de plasmar a través de la palabra, comportamiento, gestualización, la respuesta del aspirante ante las diferentes situaciones planteadas por el entrevistador, y ello, en un marco único e irrepetible como es el establecido por el procedimiento de selección y dentro del mismo, como marco insalvable e inigualable. Por ello, y para determinar con claridad los marcos en los que debe moverse la entrevista, deben fijarse los parámetros a examinar, así como la máxima concreción posible de los términos sobre los que debe basarse, para

eliminar lo máximo posible cualquier elemento de subjetivismo y arbitrariedad posible”.

Por tanto, las bases reguladoras de los procesos selectivos con entrevistas deben ser suficientemente detalladas sobre la configuración de este tipo de pruebas. Al respecto, la citada sentencia señaló, en el caso analizado, que “parece claro que la referida base 6.1.5 adolece de una marcada ambigüedad, pues en su referencia a “unas pruebas psicotécnica, orientadas de un lado a evaluar la adecuación de las características de la persona participante en relación con el ejercicio de las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a”, falta toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, de las que solo se fija la finalidad a la que se orientan las mismas”. Esta falta de concreción motivó que el órgano de selección estableciera la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales se aprobaría la prueba psicológica, inclusive la entrevista.

Pero es que además, tales criterios fueron fijados con posterioridad a la realización de las pruebas y sin ninguna publicidad. El Tribunal Supremo añade que esta actuación del órgano de selección debió “tener lugar en todo caso *ex ante* de las pruebas, y no *ex post*”, y que además debía dársele la adecuada publicidad. Concluye la sentencia que los principios de legalidad e interdicción de la arbitrariedad “no puede afirmarse que se cumplan, si los ejercicios preceden a la determinación por el Tribunal de los criterios de evaluación que han de aplicarse a ellos”.

La sentencia objeto de casación había afirmado que “es intrascendente que los interesados conocieran los anteriores pormenores”, en referencia a los criterios establecidos por el Tribunal Calificador para valorar las pruebas. El Tribunal Supremo señala que se trata de una “afirmación que no podemos compartir, pues supone una inaceptable condescendencia con la opacidad para el opositor de los criterios con arreglo a los que es evaluado, lo que choca directamente con nuestra doctrina jurisprudencial”.

b) Dotar de mayores garantías procedimentales a la entrevista personal

A este respecto, la STS de 6 de julio de 2011 señala que “la declaración de falta de aptitud en los cursos formativos subsiguientes a la superación de un proceso selectivo, habida cuenta el esfuerzo que hubo de llevar a cabo el aspirante para esto último, deben ir acompañados de un riguroso nivel de exigencia, por lo que cualquier juicio de valor emitido para hacer esa declaración de falta de aptitud habrá de tener una clara de motivación que, por un lado, incluya los concretos datos objetivos en que se apoya y, por otro, demuestre su coherencia con los demás elementos obrantes en el procedimiento administrativo. Y esta motivación ha de ser especialmente intensa cuando la evaluación está referida a actitudes o conductas del aspirante que, por no tener establecidos unos parámetros objetivos de medición, otorgan un amplio margen de apreciación al órgano calificador”.

Debe citarse también la STS de 7 noviembre 2011, que se refiere a un proceso selectivo de acceso a un Cuerpo de Policía autonómico, que, dentro de un

curso de formación que tenía carácter selectivo, se incluía una Valoración de Actitudes, en la que, entre otras actuaciones, se realizaba una entrevista, la cual no fue transcrita. La sentencia concluye que “esta circunstancia impide al recurrente defenderse de la actuación administrativa que tiene por soporte la valoración formada de la forma indicada ya que no es suficiente la puntuación derivada de la entrevista, ni siquiera teniendo en cuenta las notas aclaratorias de la psicóloga ya que no hace referencia al caso del recurrente, sino que se limita a explicar la metodología seguida. (...) El desconocimiento de los términos en que se realizó la entrevista hace insuficiente la motivación consistente en la puntuación. En este sentido, hemos de recordar el criterio que venimos manteniendo al respecto y que se puede resumir diciendo que la calificación numérica asignada a un aspirante en un proceso selectivo no es motivación bastante cuando sea discutida por el interesado (sentencias de 18 y 2 de marzo de 2011 (...))”.

c) Limitar la incidencia de la entrevista en el proceso selectivo

Se ha entendido que “la entrevista es pura y simplemente la comprobación y valoración de los méritos alegados por el concursante y que se expondrán por el mismo ante el Tribunal. No constituye pues una prueba distinta en su valoración a la que corresponda a los méritos alegados (objetivamente fijados y puntuados en las bases del concurso), sino una forma de aclarar los mismos y en consecuencia su apreciación y puntuación por el Tribunal”.⁵⁷⁸ Pero, en todo caso, si la entrevista sólo versa sobre los méritos documentales aportados por los interesados, entonces al final se estaría realizando una doble baremación sobre la misma cuestión. Esta interpretación resulta muy acorde con los principios de mérito y capacidad, porque reduce el papel de la entrevista, que es un mecanismo excesivamente subjetivo. Sin embargo, como se indica más adelante, el apartado 5 del artículo 61 EBEP se refiere expresamente a la exposición curricular por los candidatos y a la realización de entrevistas, de modo que no parece limitar el papel de la entrevista a una mera exposición curricular. Incluso hay que reconocer que, en determinados puestos de trabajo puede resultar útil la entrevista. Y es que, en este sentido, habría que analizar también en qué tipo de puestos es más adecuado utilizar la entrevista, es decir, si procede su utilización en puestos como los que implican atención al público o funciones directivas, o en todo tipo de puesto. Incluso es evidente que, en determinados puestos de trabajo, como los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, es imprescindible la realización de entrevistas sobre el perfil personal y psicológico de los aspirantes.

Ello determina que la ley debería fijar en qué casos procede utilizar la entrevista como prueba excluyente, que sólo podrían ser casos como el de del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En los demás casos en que pretendiera utilizarse la entrevista, debería fijarse un límite de puntuación

⁵⁷⁸ Funcionarios de Administración Local, Selección y Provisión, Utilización de la entrevista en el concurso-oposición, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 21 de 2007, pg. 3402.

en relación con el procedimiento selectivo global, de manera que la entrevista no se convierta en determinante del proceso selectivo. En este sentido, puede citarse la STS de 5 octubre 1993 que, respecto del supuesto de hecho objeto del litigio, señala que “el límite máximo al que se sujeta la puntuación por la entrevista excluye la eventualidad de subjetivismos determinantes de bruscas alteraciones en el orden de colocación de los candidatos con arreglo a la puntuación de conjunto”.

5.3.- Los test psicotécnicos y psicológicos

La doctrina viene destacando diversas circunstancias que parecen hacer inadecuados a los test psicotécnicos y de personalidad para su uso en los procesos selectivos de acceso al empleo público, destacando las siguientes críticas:

- Los criterios para la elaboración y valoración de estas pruebas no siempre son científicamente pacíficos.

- Las pruebas psicotécnicas y psicológicas no son tan fácil o claramente valorables como las pruebas de conocimientos o de otro tipo, y en muchas ocasiones quedan bajo sospecha de subjetivismo. En este sentido, puede destacarse la STS de 5 de octubre de 1989, que indica que “el empleo del test psicológico de personalidad en el procedimiento de selección para el acceso a la función pública, y, en concreto, de los dirigidos a evaluar la dirección e intensidad de las aptitudes, (...) plantea el importante problema de su adecuación a criterios objetivos que permitan el control de la decisión selectiva en la que han de verse garantizados los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. De hecho, en muchas ocasiones, la inaccesibilidad de los parámetros de evaluación hace imposible la impugnación de la prueba por los aspirantes.

A este respecto, alude LESSA CARVALHO⁵⁷⁹ a que, cuando se producen impugnaciones, los órganos de control no suelen recibir explicaciones de los evaluadores que permitan analizar objetivamente la validez de la evaluación realizada, concluyendo que “los test psicotécnicos solamente podrán ser utilizados de forma legítima si, efectivamente, permitieren el control de su valoración”. En esta línea, FÉREZ FERNÁNDEZ destaca que las pruebas psicotécnicas plantean el problema de su elaboración y de su valoración, señalando que en la valoración de las pruebas psicotécnicas se acostumbra a producir un oscurantismo que es incompatible con los principios de mérito y capacidad. En ausencia de normativa general, parece sensato que “su elaboración debe fundarse en datos objetivos y estudios específicos que puedan ser objeto de revisión judicial cuando se cuestiona su adecuación en relación con los puestos de trabajo a cubrir”.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ LINS DE LESSA CARVALHO, F., *Acceso igualitario...*, op.cit., pg. 245.

⁵⁸⁰ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Capítulo IV”, op.cit., pg. 287.

- Algunos consideran que no son un medio que conduzca a la demostración de los méritos y capacidad del aspirante, con lo cual no responderían a los principios constitucionales vigentes en materia de selección. En este sentido, PÉREZ LUQUE⁵⁸¹ ha señalado que un test psicotécnico no puede servir para excluir a un participante, puesto que lo que procede exigir en los procesos selectivos de acceso al empleo público es el conocimiento de la materia propia del empleo a desempeñar. Sin embargo, debe señalarse que, aunque los test psicotécnicos y psicológicos no se relacionan con el principio del mérito, sí podrían servir en ciertos casos para valorar la capacidad, que también es un criterio a valorar en dichos procesos selectivos, o incluso la aptitud. Piénsese en las pruebas psicológicas para el acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

- Las pruebas psicotécnicas y psicológicas no son susceptible de valoración y control por el órgano de selección, pues éste no es técnico en esta materia.

- Finalmente, debe destacarse que uno de los mayores problemas que presentan estas pruebas, especialmente las psicológicas, es la subjetividad o variabilidad que existe en su valoración, motivo por el cual se ha señalado que pueden ser utilizadas para favorecer o perjudicar a determinados aspirantes. Un ejemplo representativo de esta problemática es la sentencia nº. 145/2007 del TSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife), Sala de lo Contencioso, de 29 de Junio de 2007, que anuló el resultado de unas oposiciones al Cuerpo de bomberos, donde se había declarado no aptos a los recurrentes en la fase de evaluación psicológica, ordenando realizar de nuevo dicha fase. Las bases de la convocatoria preveían que el órgano de selección contratara a un psicólogo como asesor. Se procedió a la realización de un test de personalidad situacional elaborado y corregido de forma mecanizada por una empresa privada contratada al efecto, y a continuación se realizó la valoración del resultado de dichos test por una psicóloga, que se limitó a declarar no aptos a los recurrentes. Según la citada sentencia, la psicóloga no se limitó a asesorar al órgano de selección (que era lo que establecían las bases), y no puso a disposición de éste sus discernimientos ni el material obtenido, ocurriendo que el órgano de selección, además, se limitó a asumir esa actuación, contando solamente con “un informe general totalmente anónimo”, pero “nunca con la documentación valorativa individualizada de los aspirantes”.

A lo expuesto debe añadirse que se había acusado públicamente a la persona contratada como psicóloga de tener relación de amistad con el jefe de Bomberos y de haber favorecido al primo de éste, que sí aprobó el proceso selectivo. Estos hechos no están probados, pero sí dan una idea de la sombra de sospecha que generan estas actuaciones obstruccionistas y oscurantistas realizadas por quien no ha sido contratado de forma aleatoria, sino discrecionalmente por el órgano de selección o por la Administración convocante. Posiblemente, buena parte de estos problemas se resolverían si los miembros del órgano de selección fueran designados de modo que quedara asegurada su

⁵⁸¹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 338.

imparcialidad, así como de esta misma forma fueran designadas las personas que, como esta psicóloga, influyen en el resultado del proceso selectivo, cuestión esencial que tratamos en el Capítulo 4 de este trabajo.

En todo caso, las pruebas psicológicas, incluidas las entrevistas, han sido admitidas por el Tribunal Constitucional, en función de su utilidad para asegurar la adecuación para desempeñar los puestos de trabajo de que se trate. Así, el ATC 272/1998, en relación con los controladores aéreos de AENA, señala que “la inclusión de una prueba de naturaleza psicológica en el proceso de selección no es contraria a la finalidad de éste, pues es razonable estimar necesario el obtener información sobre el perfil psicológico y humano de las personas que opten al desempeño de un puesto de trabajo como el control del tráfico aéreo”. Además, aclara que no puede alegarse el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar para oponerse a este tipo de pruebas, ya que “la inclusión de tal prueba no supone tampoco una infracción del derecho a la intimidad, derecho que, como otros derechos fundamentales, no es de carácter absoluto, de modo que puede ceder «ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquel derecho haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, sea proporcionado para alcanzarlo, y en todo caso sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC 57/1994 y 143/1994). Tales condiciones concurren en el supuesto objeto de examen, pues, como queda indicado, la propia naturaleza del puesto de trabajo a ocupar justifica la previsión de un examen como el expresado”.

Por otro lado, hay que distinguir claramente entre los test psicotécnicos y los test psicológicos. Estos últimos, que pretenden descubrir la personalidad del sujeto que los realiza, deben ser utilizados tras una clara justificación de su necesidad en cada caso concreto. En cuanto a los test psicotécnicos, que son los que tienen por objeto valorar aptitudes y capacidades, tales como la habilidad de cálculo matemático, etc., y que no valoran cuestiones de la personalidad, debe asegurarse que tengan relación con los méritos y capacidad necesarios para los puestos de trabajo objeto del proceso de selección. Como indica LESSA CARVALHO⁵⁸² es preciso que el Ordenamiento Jurídico establezca reglas más claras sobre el uso de esta prueba, para que a través de su utilización no se produzcan lesiones del derecho de igualdad de los aspirantes.

5.4.- La presentación de memorias

La presentación de memorias es una prueba que no ofrece fiabilidad suficiente, por cuanto no hay constancia fehaciente de que la memoria haya sido elaborada por el propio aspirante que la presenta. Además, es una prueba cuya valoración presenta un enorme margen de subjetividad, al no existir un manual de

⁵⁸² LINS DE LESSA CARVALHO, F., *Acceso igualitario...*, op.cit., pg. 247.

conocimientos al que remitirse, ni un baremo objetivo de puntos que aplicar. Por tanto, no cabe más que concluir que la prueba consistente en la presentación de memorias presenta un elevado riesgo de servir al objetivo de diseñar procesos selectivos en los que se disminuya la exigencia de mérito y capacidad mediante la reducción de las pruebas de conocimientos (teóricos y prácticos) para favorecer a determinadas personas o colectivos.

De hecho, es de sobra conocido que la sustitución de las tradicionales pruebas de exámenes teóricos y prácticos por la presentación de memorias ha sido utilizada para favorecer a determinados aspirantes o colectivos de aspirantes, mediante la disminución del nivel de dificultad de las pruebas, rebajándose el nivel de exigencias de conocimientos y capacidad⁵⁸³. Por tanto, en numerosos casos, las pruebas consistentes en presentación de memorias constituyen un auténtico fraude y una verdadera desviación de poder. Atendida la falta de fiabilidad y la subjetividad en su valoración, debe concluirse que, con la legislación actualmente vigente, y especialmente con base en los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, estas pruebas no son admisibles. Además, el propio artículo 61.5 EBEP, con el carácter de legislación básica, no recoge como prueba complementaria la presentación de memorias. En todo caso, debe postular que el legislador proceda a prohibirlas expresamente, para evitar interpretaciones lesivas de tales principios constitucionales.

5.5.- Los cursos selectivos y los períodos de formación práctica

Por determinados sectores doctrinales y políticos⁵⁸⁴ viene postulándose la necesidad de dar una mayor importancia a la formación selectiva, entendida ésta como la implantación de cursos formativos dentro del mismo proceso selectivo de acceso al empleo público, de modo que dicho proceso no esté integrado solamente por la acreditación previa por el aspirante de una serie de conocimientos y aptitudes, sino que también se integre por una fase de formación cuya superación satisfactoria afecte a la superación del propio proceso selectivo, así como sirva para la adaptación del aspirante seleccionado a la organización pública en la que ingresa y al puesto de trabajo que va a desempeñar.⁵⁸⁵ El

⁵⁸³ Al proceso de consolidación de empleo para la selección y provisión de plazas en las Instituciones de la Seguridad Social dependientes del Insalud en el año 2001 se refiere CHAVES GARCÍA, indicando que la memoria se utilizó para suavizar las pruebas, con la confesa voluntad de consolidar a la inmensa mayoría del personal temporal de larga duración. (CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2009, pg. 121).

⁵⁸⁴ Como ejemplo, ver lo expuesto por GIL CEBRIÁN, C., "Cuerpos y puestos de trabajo" en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003, pg. 79.

⁵⁸⁵ CASTILLO BLANCO, F.A., "Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003, pg. 178, y CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 169 y ss.

Informe de la Comisión de estudio del EBEP, propuso que “las pruebas de capacidad pueden ser también completadas o parcialmente sustituidas por la realización de cursos selectivos de formación en escuelas o centros oficiales”.

En este sentido, cabe citar el ejemplo de la Ley de Función Pública catalana, que permite introducir en la convocatoria un período de prueba, durante el cual el candidato está sometido a la tutoría inmediata de los funcionarios, quienes velan para que adquieran formación práctica y evalúan su capacidad de aprendizaje. Al final de este periodo de pruebas, los tutores y los jefes de las unidades orgánicas emiten un informe sobre la superación del período de prueba, que someten a audiencia del candidato.

Por su parte, en relación con la formación jurídica en Alemania, MOREU CARBONELL⁵⁸⁶ indica que, tras superar un primer examen de Estado, el estudiante cursa un período formativo de prácticas, debiendo realizar una serie de prácticas obligatorias en distintos puestos de carácter jurídico en las cuatro materias de Derecho civil, penal, administración y abogacía. Tras este período, el aspirante puede presentarse al segundo examen de Estado. Así pues, el sistema alemán no adopta el modelo de oposición como regla general para ingresar en la Función Pública, sino un proceso de selección con varias etapas formativas largo en el tiempo, en proporción a la importancia del puesto de ingreso. Este sistema recuerda en parte al MIR español para la selección de médicos en el sistema público de salud.

En definitiva, las pruebas de capacidad pueden ser completadas por la realización de cursos selectivos de formación en escuelas o centros oficiales, pero lo que no es recomendable, desde la perspectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad, es que puedan ser parcialmente sustituidas (como postulaba el citado Informe de la Comisión de Expertos), porque, reduciendo las pruebas de capacidad y conocimientos, podría favorecerse de forma irregular la entrada en el empleo público, soslayando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

5.6.- El peso de las actuaciones complementarias del artículo 61.5 EBEP

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones sobre las actuaciones citadas en el artículo 61.5 EBEP, debe destacarse que las mismas nunca podrán sustituir a las pruebas citadas en el apartado 2 de dicho artículo (especialmente las pruebas de conocimientos teóricos y prácticos), sino que han de añadirse a las mismas en todo caso y, además, con carácter potestativo, de modo que su existencia no es obligatoria en todos los procesos selectivos.⁵⁸⁷ De hecho, el

⁵⁸⁶ MOREU CARBONELL, E., *El examen en el nuevo sistema educativo español. Régimen jurídico de los exámenes académicos*, Comares, Granada, 2003, pg.47 y ss.

⁵⁸⁷ CASTILLO BLANCO propone “habilitar de forma expresa la previsión de dos fases en los procesos de selección, de tal forma que, en la primera fase, se utilicen las técnicas para

Tribunal Supremo, en la sentencia de 2 de julio de 2008, relativa a la utilización de exámenes tipo test, psicotécnicos y entrevistas en los procesos selectivos, destacó su papel complementario pero no decisivo, al señalar que “el criterio de capacidad y mérito se satisface mejor con pruebas de conocimiento, sin perjuicio de que una vez asegurado éste, se complete con otro tipo de pruebas”.

Ahora bien, atendido el tenor literal del EBEP, no queda clara cuál es la exacta incidencia de estas otras pruebas o fases en el proceso de selección, debido a la confusa y, por tanto, desafortunada redacción del artículo 61.5 EBEP, que indica que “*las pruebas podrán completarse*”. ¿Qué significa la expresión “completarse”? No parece que el artículo 61.5 excluya la posibilidad de atribuir puntuación a estas otras pruebas o fases en el proceso selectivo. Pero tampoco determina exactamente qué puntuación o incidencia exacta pueden tener. A la vista de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y de lo dispuesto en el artículo 61.5 EBEP, sí cabe concluir que, al indicar el EBEP que las pruebas (las del apartado 2) podrán completarse, se refiere a que esas otras pruebas o fases no deberían ser eliminatorias (salvo supuestos excepcionales), ni tampoco determinantes del resultado del proceso selectivo. Sin embargo, estas dos prohibiciones deberían haber sido expresamente incorporadas al texto de dicho artículo 61.5, ya que, debido a su confusa redacción, estas otras pruebas o fases son susceptibles de ser utilizadas de manera desproporcionada o torticera, en contra de los principios de mérito y capacidad.

Una cuestión que sí queda meridianamente clara, es que las entrevistas, pruebas psicotécnicas y exposición curricular no pueden ser el único elemento a tomar en consideración en el proceso selectivo, ya que el artículo 61.5 EBEP establece que estas actuaciones sólo completan las pruebas (las de conocimientos), no las sustituyen.

Los legisladores autonómicos no parecen muy innovadores en la materia, ni tienden a aclarar el valor de estas pruebas “complementarias”. Así, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, reconoce su existencia, pero limitándose a indicar que “para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas pueden completarse con la superación de cursos o de periodos de prácticas, con la exposición curricular por las personas aspirantes, con pruebas psicométricas relacionadas con la personalidad o con la realización de entrevistas o de reconocimientos médicos”. Por tanto, nada aclara sobre la incidencia exacta de estas pruebas en el proceso selectivo, siguiendo, pues, la línea del EBEP.

la comprobación de conocimientos y la capacidad analítica aprobando dicha fase todos los candidatos que reúnan un suficiente nivel para el desempeño de los puestos de trabajo que determinan la convocatoria y con una validez por un tiempo determinado (de tres a cinco años), y en la segunda, ya restringida a los que aprobaron aquella primera fase, proceder a la selección definitiva de los candidatos utilizando, en su caso, las técnicas complementarias que el propio EBEP recoge”. (CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el empleo público local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, pg. 69).

Sobre estas cuestiones debe traerse a colación la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2008, que anuló parcialmente el Real Decreto 121/2005, de 4 de febrero, por el que se aprobaba la Oferta de empleo público para el año 2005. El artículo 5 del Real Decreto 364/1995⁵⁸⁸ establecía que *“los procedimientos de selección deberán consistir en pruebas de conocimientos generales o específicos. Pueden incluir la realización de test psicotécnicos, entrevistas y cualesquiera otros sistemas que aseguren la objetividad y racionalidad del proceso selectivo”*. Sin embargo, el Real Decreto 121/2005 fue más allá y estableció que *“las pruebas y programas selectivos deberán orientarse a la selección y evaluación de habilidades y aptitudes asociadas a los puestos de trabajo que se vayan a desempeñar, de forma que se fomente la realización de los ejercicios de carácter práctico, los test psicotécnicos o de aptitud y los cursos selectivos y disminuya el peso de las pruebas basadas en la exposición memorística. El número de temas de los programas exigidos en los procesos selectivos procurará reducirse y aproximarse a los conocimientos proporcionados en los distintos niveles educativos”*.

Esta previsión reglamentaria fue declarada nula por la citada STS de 31 de mayo de 2008, que indica que *“es evidente que mientras el Reglamento General de Ingreso antes citado busca la acreditación de igualdad, mérito y capacidad a través de la búsqueda de la excelencia, la preparación y el conocimiento, a través de pruebas de conocimientos generales o específicos, el artículo impugnado, aún con la advertencia del pleno respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, ordena (“deberán”) otros criterios, contrarios a los principios de aquel, que rebajan las pruebas de conocimiento al nivel de los proporcionados en los distintos niveles educativos. (...) es indudable que el criterio de capacidad y mérito se satisface mejor con pruebas de conocimiento, sin perjuicio de que una vez asegurado éste se complete con otro tipo de pruebas”*.

Otro intento de establecer expresamente a nivel normativo la reducción de las pruebas basadas en exposiciones memorísticas ha sido el artículo 51, sobre pruebas selectivas, del Anteproyecto de Ley de empleo público de Castilla-La Mancha, que disponía que *“...disminuyendo, para ello, la importancia de las pruebas basadas en la mera exposición memorística e incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas”*. El Dictamen 13/2010 del Consejo Económico y Social de Castilla-La Mancha sobre dicho Anteproyecto señaló que *“con independencia de aceptar y apoyar la intención de lo aquí planteado, creemos que esta expresión está huérfana de contenido normativo y que, por otra parte, resulta innecesaria desde el momento que antes se ha afirmado la obligatoria conexión de las pruebas a las funciones del puesto”*. Finalmente, el legislador autonómico decidió que dicha previsión se mantenga en la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha.

⁵⁸⁸ Por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

Como conclusión, cabe señalar que los principios de igualdad, mérito y capacidad imponen a las Administraciones Públicas y demás Entes Públicos y Privados del Sector Público diseñar los procesos selectivos de manera que se asegure la comprobación de los conocimientos técnicos de los aspirantes mediante pruebas de conocimientos (teóricos y prácticos), y que las pruebas complementarias no sean determinantes de la superación del proceso selectivo ni sustituyan a las pruebas de conocimientos. Otra cosa es que, en determinados puestos de trabajo, como los integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, sea preciso acreditar un adecuado perfil psicológico, en cuyo caso la prueba psicológica sí puede tener el carácter de eliminatoria. Para garantizar todo lo expuesto, es imprescindible que la ley establezca las siguientes previsiones:

- Los cursos de formación no pueden sustituir las pruebas de conocimientos. Solamente pueden intervenir en la fase final del proceso selectivo, cuando el aspirante ha sido el mejor en las pruebas de conocimientos. Es decir, primero se realizan y valoran las pruebas de conocimientos, y después, los que las han superado, pasan al curso de formación.

- Las entrevistas, pruebas psicotécnicas y exposición curricular no pueden ser el único elemento a tomar en consideración en el proceso selectivo. Ya se ha indicado que esto queda garantizado en el actual artículo 61.5 EBEP, según el cual estas actuaciones sólo completan las pruebas, no las sustituyen. Sin embargo, para evitar interpretaciones torticeras de dicho artículo, es necesario que la ley lo disponga expresamente.

- En cuanto a las pruebas psicológicas o de personalidad, debe justificarse en cada caso su utilización, y sólo podrán tener carácter eliminatorio en casos excepcionales en que la naturaleza de los puestos a desempeñar lo requiera (por ejemplo, en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), así como deberá ser una ley la que establezca estos supuestos excepcionales.

- La legislación debe fijar el porcentaje máximo que podrá alcanzar en los procesos selectivos la valoración de las entrevistas, pruebas psicotécnicas y exposición curricular, a efectos de que no sean determinantes del resultado del proceso selectivo. A tal respecto, es proporcionado entender que, como actuación complementaria de las propias pruebas, la valoración de estas actuaciones no debería superar un 20 %, o incluso un 10%, de la nota global del proceso selectivo, en el caso de la entrevista.

- En el caso de las entrevistas, debe precisarse en el texto de las bases reguladoras del proceso selectivo las competencias específicas que van a ser analizadas y el método para valorarlas.

- Debe dejarse constancia por medios audiovisuales de las exposiciones curriculares. Y ello a los efectos de que cualquier participante en el proceso de selección deberá tener acceso inmediato a las exposiciones de los demás aspirantes (tal y como se analiza en el Capítulo 7 de esta tesis doctoral). Igual sucede con las pruebas psicotécnicas. En ambos casos, el derecho a la intimidad

no se vería lesionado, ya que se trata de habilidades y datos de carácter profesional. Donde sí puede admitirse que no haya acceso de terceros es al contenido de las pruebas de contenido psicológico y entrevistas de personalidad.

- La entrevista de personalidad y las pruebas psicotécnicas deben ser realizadas por personas con especialización técnica y con imparcialidad. Ello comporta que en la elección de estas personas deben seguirse las mismas garantías procedimentales que en el nombramiento de los miembros del órgano de selección, entre las que figuran la designación aleatoria o por insaculación, tal y como se analiza en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral. En este sentido, no debe admitirse que los expertos que elaboran o diseñan estas pruebas o las realizan, sean designados mediante un contrato administrativo de servicios libremente adjudicado por la Administración o Entidad convocante. Y ello por cuanto la actuación de las personas que realizan estas pruebas complementarias (incluso a veces eliminatorias) afecta al proceso selectivo de acceso al empleo público. Esta garantía es todavía más necesaria si se tiene en cuenta la subjetividad y difícil control judicial de que adolecen estas pruebas.

A este respecto, puede citarse la STS de 7 noviembre 2011 se refiere a un proceso selectivo de acceso a un Cuerpo de Policía autonómico, que, dentro de un curso de formación que tenía carácter selectivo, se incluía una Valoración de Actitudes, en la que, entre otras actuaciones, se realizaba una entrevista. El recurrente denunciaba la falta de capacitación de los tutores que realizaron las entrevistas por no tener formación en Psicología, motivo por el cual la sentencia ordena que se proceda de nuevo a la Valoración de Actitudes del recurrente.

Ello determina que, cuando se incluyan entrevistas y pruebas psicológicas en los procesos selectivos, las bases reguladoras deberán detallar el modo de designación de los expertos que intervendrán en dichas pruebas, así como publicar su identidad, y determinar qué requisitos de capacitación técnica han de reunir.

- La ley debe prohibir la utilización en los procesos de selección para el acceso al empleo público de la prueba consistente en la presentación de memorias.

6.- LA DESVIACIÓN DE PODER Y LAS IRREGULARIDADES EN EL DISEÑO Y TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS

La desviación de poder es una figura consagrada en los artículos 103 y 106.1 CE, 70.2 LJCA y 63 de la Ley 30/1992, pudiendo definirse como el ejercicio de la potestad administrativa para un fin distinto del fijado por el Ordenamiento

Jurídico. Como indica CUADRADO ZULOAGA⁵⁸⁹, la actividad discrecional de la Administración es el terreno más apropiado para que se manifieste la desviación de poder, porque donde hay margen de maniobra es más fácil encubrir la disfunción entre el fin objetivo previsto en la norma y el fin subjetivo desviado perseguido por el órgano administrativo actuante.

Para que este vicio sea apreciado en sede judicial se requiere que quien lo alega lo pruebe, lo cual resulta de gran dificultad, pues la desviación de poder implica intenciones internas de las personas, ocurriendo que los órganos judiciales no aceptan la alegación de simples conjeturas o indicios. Como ejemplo de esta dificultad, puede indicarse que se ha considerado que no es un hecho suficiente el parentesco del aspirante aprobado con la autoridad convocante, o que el aspirante aprobado sea quien desempeñaba la plaza con carácter interino.⁵⁹⁰

En ocasiones, los órganos judiciales sí tienen por probada la desviación de poder, tanto en casos de irregular tramitación del proceso selectivo, como en casos de irregular diseño del propio proceso selectivo. En cuanto se refiere al primer supuesto (irregular tramitación del proceso selectivo) pueden destacarse ejemplos como la STS de 16 de mayo de 1989, que analiza el nombramiento del propio Director General de Función Pública como Jefe del Servicio de la Dirección General de la Función Pública, puesto éste que había sido convocado en cumplimiento del Real Decreto 1778/83, que ordenó la provisión con urgencia de los puestos de trabajo existentes en los servicios centrales de la Comunidad Autónoma de Canarias, a fin de la puesta en funcionamiento de su estructura administrativa. El Tribunal Supremo tuvo en cuenta que concurrían una serie de circunstancias, tales como que la propuesta de nombramiento la había suscrito el propio afectado en su condición de Director General de la Función Pública, y había asistido personalmente, en representación de la Comunidad Autónoma, a la sesión de la Comisión Superior de Personal en la que fue informada la resolución del concurso.

Concluye entonces que esta “personalísima intervención en un asunto en el que, por razones obvias, existía el deber de abstención, unida al hecho de que la finalidad del Real Decreto 1778/86 fuera la de cubrir con urgencia el puesto en cuestión, son datos objetivos que producen la plena convicción de que la actuación administrativa puesta en tela de juicio no ha respondido a los fines que la justifican. Ya que resulta nombrado para una Jefatura de Servicio de la Dirección General de la Función Pública de Canarias quien, por ser precisamente el titular de este

⁵⁸⁹ CUADRADO ZULOAGA, D., “Desviación de poder en el campo de la función pública”, AA, n.º 8, 2008, La Ley. Tomamos de esta publicación la mayoría de las sentencias que se analizan en este apartado.

⁵⁹⁰ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 243. ESTEVE PARDO pone como ejemplo de que es posible probar la desviación de poder a través de pruebas indiciarias, el caso en que las bases de un concurso de méritos contienen requisitos tan especiales que sólo concurre un concursante que además es del partido político gobernante del Ente convocante. (ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pg. 109).

órgano directivo, se había propuesto a sí mismo, sin que por lo tanto el nombramiento pudiera contribuir en forma alguna a la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico, concretada en la puesta en funcionamiento de la estructura administrativa de la Comunidad canaria, habida cuenta que el designado no desempeñaría el puesto de trabajo vacante”.

También la STS de 19 de septiembre de 1994 analiza el caso en que un Ayuntamiento deja desiertas las plazas convocadas por no superar ningún opositor el tercer ejercicio. Sin embargo, el Tribunal Supremo aprecia que la actuación del tribunal calificador aparece dirigida al móvil ilegítimo de que las plazas continuaran ocupándose por las personas que las venían desempeñando en virtud de contratos y nombramientos de más que dudosa legalidad. En la tramitación del proceso selectivo se habían producido varias irregularidades: así, en el segundo ejercicio de la oposición los temas no se sacaron por azar, a diferencia de lo que establecían las bases reguladoras, y además la manifiesta sencillez de los que seleccionó el tribunal puso de manifiesto el claro propósito de facilitar las pruebas. Además, el recurrente obtuvo la mayor puntuación del proceso después de realizarse ese segundo ejercicio, pero que la Administración realizó el tercer ejercicio con carácter obligatorio, en el que no declaró aprobado al recurrente, y dicho ejercicio según las reglas aplicables tenía carácter potestativo. Por tanto, concluye el Tribunal Supremo que existió la voluntad de dejar desiertas las plazas para que siguieran siendo ocupadas por los ocupantes iniciales.

Por su parte, la STS de 30 de noviembre de 1992, analiza un concurso para la adjudicación de una plaza en el que el tribunal calificador había realizado varias votaciones (para valorar los méritos), lo cual considera como una irregularidad, porque no tiene sentido realizar sucesivas votaciones, cuyo objetivo en realidad no puede ser otro que la voluntad premeditada de otorgar la plaza a un candidato diferente del que había obtenido la máxima puntuación en la primera votación. El Tribunal Supremo también tuvo en cuenta que en la puntuación definitiva resultó clave la declaración prestada, a instancia del tribunal calificador, del Jefe del Servicio en el que se incluía la plaza objeto del concurso, quien manifestó su preferencia por el candidato que finalmente resultó elegido, lo que produjo una rectificación de la puntuación precedente, a la baja, respecto al aspirante colocado en primer lugar tras la primera votación. Esta intervención del Jefe de Servicio no estaba prevista en las bases reguladoras del proceso. Por todo ello, el Tribunal Supremo concluye que se ha producido desviación de poder, por haber concurrido un ánimo de selección personalizada a favor de un determinado candidato.

La STS de 26 de mayo de 1995 analiza la resolución de un concurso-oposición para la cobertura de dos plazas de suboficiales de la Policía local. En primer lugar, se habían alterado las calificaciones asignadas a cada candidato en la fase de oposición, incrementando la del candidato favorecido, que de otra manera no habría superado la fase de oposición. En segundo lugar, al recurrente no se le valoraron méritos acreditados, mientras que al adjudicatario se le valoraron títulos y méritos que no estaban establecidos en el baremo de méritos y

que no tenían relación alguna con la profesión a desempeñar. Todo lo expuesto permite concluir al Tribunal Supremo que se produjo desviación de poder por el claro deseo premeditado de adjudicar una de las plazas ofertadas a un concreto aspirante, pese a sus menores conocimientos y aptitudes demostradas.

Debe destacarse que en estos casos, aunque no se hubiera entendido por el órgano judicial que existía desviación de poder, en cualquier caso se habría declarado nula la resolución del proceso selectivo, porque se habían aplicado incorrectamente las bases reguladoras del proceso selectivo. El problema de la apreciación de la desviación de poder se plantea cuando se han aplicado correctamente las bases reguladoras pero éstas han sido elaboradas a medida de un determinado candidato. Se trata de bases reguladoras que, en principio, no vulneran ninguna norma jurídica aplicable, pero que son ilegales por responder de forma encubierta al verdadero objetivo de favorecer a un determinado candidato. En este caso, también existen algunas resoluciones judiciales que sí aprecian la existencia de desviación de poder, pudiendo citarse, entre otras, las siguientes:

- La STS de 14 de octubre de 1994, que analizó el Acuerdo de una Diputación provincial que aprobó el baremo de méritos específicos del concurso para cubrir la vacante de Interventor de dicha Diputación, concluyendo que había incurrido en desviación de poder, porque dicho baremo coincidía exactamente con el perfil de la persona que en el momento de convocarse el concurso desempeñaba el puesto con carácter provisional, hasta el extremo de que todos y cada uno de los puntos que preveía el baremo los alcanzó dicho aspirante, frente a ningún punto alcanzado por el resto de aspirantes. Ello provocó, además, que los candidatos con mayor puntuación en el apartado de méritos generales fueran rebasados por esta persona que ocupaba provisionalmente el puesto. Concluye el Tribunal Supremo que el baremo impugnado constituía un acto orientado a la cobertura de una plaza por uno de los candidatos, restando posibilidades a los demás candidatos.

- La STSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005, que analiza la resolución de un Ayuntamiento por la que se aprueban las bases de un concurso, para cubrir una plaza de Técnico de la Administración. La sentencia señala que “se constata la exacta correlación de los méritos que el Ayuntamiento consideró relevantes con los poseídos por uno de los aspirantes, al punto que sobre un máximo de 7,5 puntos dicho aspirante obtuvo 6,74 puntos. Así y respecto al mérito «servicios en activo en una Administración local», dicho mérito se puntuaba a razón de 0,36 puntos por año hasta un máximo de 3 puntos, lo que significa que solamente era valuable un período de servicios de ocho años y cuatro meses, contando el aspirante citado con un período de servicios de ocho años. Lo mismo ocurre con el mérito «servicios en activo en un Ayuntamiento que tenga la categoría de montaña», donde el aspirante acreditaba el mismo período de ocho años y el máximo era de ocho años y cuatro meses.

Aunque pudiera alegarse que tales méritos eran decisivos para el puesto

que pretendía cubrirse, no hay que olvidar que la normativa general que resultaba aplicable al proceso selectivo de referencia establecía que debían valorarse condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia, y a este respecto en el concurso cuestionado se prescindía de aspectos formativos tan relevantes como las titulaciones académicas o los doctorados, o de méritos o experiencias idóneas como los servicios prestados en Administraciones distintas de la local. Por otro lado, los méritos valiables eran extremadamente específicos al punto que solamente la suma de dos de ellos (servicio activo en Administración local y, además, en un Ayuntamiento de montaña) restringían prácticamente el acceso a todos los aspirantes, salvo al que resultó ser el adjudicatario. Lo que evidencia que no se han respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad en la convocatoria impugnada, predeterminándose las bases *ad personam* e incurriendo el Ayuntamiento demandado en desviación de poder”.

- La STS de 25 de abril de 2007, analiza la resolución dictada por el Consejo de Estado resolviendo un concurso específico de méritos para cubrir el puesto de Jefe del Servicio de Personal. El Tribunal tiene en cuenta que este puesto estaba siendo desempeñado provisionalmente, en comisión de servicios, por quien resultó adjudicataria, y que el mérito general previsto en la convocatoria litigiosa, referido a cursos de formación y perfeccionamiento, coincidía literalmente con los cursos que fueron alegados y acreditados por la aspirante adjudicataria, sin que se valoraran otros cursos que sí habían sido incluidos como mérito general en la convocatoria de un concurso anterior, sin ninguna justificación acerca de ese cambio.

Además, se establecía como mérito específico, en cuanto a titulación, la Diplomatura en Ciencias Empresariales, precisamente el título que ostentaba la adjudicataria. Lo que también determinó una modificación, sin justificar, de lo que establecía la convocatoria anterior en relación a ese mérito específico, que solamente valoraba la Licenciatura en Derecho. Esta modificación que, en principio, carece de sentido, se convierte en ilógica e incoherente si se tiene en cuenta que en determinados puestos del organigrama inferiores al discutido, y también objeto de convocatoria de concurso, se seguía manteniendo la Licenciatura universitaria como único mérito específico valorable. Sobre esta base, el Tribunal Supremo concluye sobre la convicción de que la convocatoria objeto de polémica implicó una modificación injustificada de los criterios que establecía una convocatoria anterior sobre el mismo puesto, con la finalidad de ajustarse muy directamente al singular perfil académico y profesional de una de las aspirantes, lo que resulta indicativo de la existencia de desviación de poder.

Otro supuesto de desviación de poder es apreciado por el TSJ de Castilla y León, en sentencia de 26 septiembre, en relación con el orden de las publicaciones relativas a un proceso selectivo: antes de la publicación de los presupuestos del Ente Local, se había publicado oficialmente la convocatoria y la Oferta pública de empleo, y además, estas dos últimas en el mismo boletín autonómico, lo cual dejaba ver la premura en publicar dichas convocatoria y sus bases. A este hecho

se sumaba que una persona que participó en las pruebas selectivas cumplía justo después de esa publicación simultánea la edad límite para poder presentarse al proceso selectivo, por lo que concluye el Tribunal que “se puede llegar a la convicción de que aquel desorden en las publicaciones tendía a favorecer la participación de la citada en el procedimiento de ingreso. Ello integra un supuesto de desviación de poder aquí concretada en favorecer "a toda costa" la participación en un procedimiento de concurso-oposición de una determinada persona; la cual y por cierto según afirma el demandado (ordinal segunda de su escrito de conclusiones) ha sido aprobada en las expresadas pruebas selectivas”.

Sin embargo, en otras ocasiones en que concurren circunstancias similares a las existentes en las resoluciones judiciales mencionadas, no se ha apreciado la existencia de desviación de poder. Es el caso de la sentencia del TSJ de Galicia de 2 abril de 2004, que anuló unas bases por causa de estar confeccionadas a medida de uno de los aspirantes (incurriendo, lógicamente, en desviación de poder). La sentencia señala que “puede afirmar esta Sala que, desde un punto de vista estricto y restringido, procede la anulación de las bases en cuanto valoran con mayor puntuación títulos por asistencia a cursos que el de Doctorado y puntúan desproporcionadamente el ejercicio libre de la profesión frente a los servicios prestados a la Administración en ese campo específico (...). Desde un punto de vista más amplio, no escapa a este Sala la percepción de que el Ayuntamiento demandado, de modo torticero, convocó un proceso selectivo *ad hoc*, con el claro fin, que se infiere de la actuación que viene manteniendo en este aspecto desde el año 1995, de excluir de su cuadro de personal al demandante y hacer figurar en el mismo al Sr. Pablo, cuya capacidad profesional y sus dotes para el puesto no pone en duda esta Sala. Lo que ocurre es que en derecho no es posible consagrar actuaciones tan descaradamente aviesas como la que estamos enjuiciando, pues si bien dijimos que muchas de las bases no eran por sí solas, en principio, determinantes de la irregularidad denunciada, examinadas en conjunto y valorando que están confeccionadas a la medida del aspirante Sr. Pablo, sí evidencian una manifiesta desviación de poder por parte del Ayuntamiento”.

Sin embargo, esta sentencia fue casada por la STS de 10 de marzo de 2008, que señala que “la Sala no comparte que estemos ante una desviación de poder, pues del contenido de la sentencia, donde se rechaza en su mayoría la existencia de discriminación en las bases de la convocatoria, a la que se presenta igualmente el recurrente, no puede deducirse, trayendo a colación la existencia de antecedentes de hecho en la Sala en relación con el mismo, que las bases estaban dirigidas a excluir al recurrente, pues eso hubiera exigido la prueba evidente de que los méritos concurrían exclusivamente en algún candidato y no en el recurrente en el recurso, de tal suerte que se pudiera llegar a la convicción de que efectivamente las bases se habían confeccionado "*ad hoc*" para un determinado candidato, pero esto no ha quedado probado en la sentencia, que se basa sin embargo en antecedentes extraños a las mismas bases. En consecuencia, si la propia sentencia reconoce que el contenido de las bases es en

general correcto y corresponde a méritos objetivos, y aun considerando que dos apartados no lo son, no ha quedado acreditado que estas incidan en los currículos del candidato recurrente y otros candidatos, la sentencia debió limitarse a anular estas bases”.

También aluden GONZÁLEZ BOTIJA, LÁZARO ALBA, COELLO MARTÍN y SARMIENTO LARRAURI⁵⁹¹ al la STSJ de la Rioja de 17 de mayo de 2006, en la que, tras un concurso de méritos para la provisión de puestos en la Comunidad Autónoma, impugna la resolución de adjudicación una concursante cuya plaza de Jefe de Servicio había sido amortizada y posteriormente se había creado otra plaza muy similar que fue ocupada en comisión de servicios por un funcionario de otra Administración Pública que había sido alto cargo de esta Comunidad Autónoma y que a su vez resultó adjudicatario de esa plaza en el citado concurso de méritos, pues en el mismo se permitió participar a funcionarios de otras Administraciones Públicas y se le puntuó la experiencia en dicho puesto en comisión de servicios. Además, el órgano de valoración del concurso de méritos estaba formado por los demás altos cargos de dicha Comunidad Autónoma. La mencionada sentencia no aprecia desviación de poder, pero los citados autores destacan la necesidad de apreciar el tracto sucesivo de las actuaciones administrativas, que pone de manifiesto que su objetivo era mejorar la carrera administrativa de los altos cargos de la Comunidad Autónoma. Y concluyen que esta sentencia “pone de manifiesto el fracaso del control judicial de la actuación administrativa”.⁵⁹²

Lo expuesto ejemplifica la dificultad práctica que existe para demostrar la desviación de poder y la elaboración de bases reguladoras *ad personam*. Por ello, es fundamental que la ley regule unos límites dentro de los cuales los Entes convocantes pueden configurar las bases reguladoras, para evitar favoritismos encubiertos y de difícil prueba a los efectos de acreditar una desviación de poder. Estos límites obligarían a los Entes convocantes a no eliminar méritos baremables, ni a sobrevalorarlos o infravalorarlos.

Debe destacarse también que la STC 235/2000, con ocasión del análisis del artículo 99.1 LBRL que, en los concursos de mérito para proveer las plazas de funcionarios locales con habilitación estatal, establecía que los Entes Locales fijarían los méritos específicos en un porcentaje del 25 por 100, señaló que “por lo demás, la eventualidad, como sostienen los recurrentes, de un uso arbitrario o torticero (y, en cuanto tal, contrario al artículo 9.3 CE) de esta posibilidad por parte de las Corporaciones Locales no puede traducirse en una declaración de inconstitucionalidad como la pretendida, pues, (...) como ya se dijera en la STC 58/1982, de 27 de julio, «la mera posibilidad de un uso torticero de las normas no

⁵⁹¹ GONZÁLEZ BOTIJA, F., LÁZARO ALBA, E., COELLO MARTÍN, C., y SARMIENTO LARRAURI, J.I., “Acceso a la función pública y provisión de puestos de trabajo y ejecución de sentencias en materia de funcionarios”, *REDA*, nº. 133, 2007.

⁵⁹² GONZÁLEZ BOTIJA, F., LÁZARO ALBA, E., COELLO MARTÍN, C., y SARMIENTO LARRAURI, J.I., “Acceso a la función pública...”, *op.cit.*, pg. 131 y ss.

puede ser nunca en sí misma motivo bastante para declarar la inconstitucionalidad de éstas, pues aunque el Estado de Derecho tiende a la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso»“.

En relación con estas consideraciones del Tribunal Constitucional, debe reiterarse que la ley sí puede regular unos límites dentro de los cuales los Entes convocantes pueden configurar las bases reguladoras, para evitar favoritismos encubiertos y de difícil prueba a los efectos de acreditar una desviación de poder. Estos límites obligarían a los Entes convocantes a no eliminar méritos baremables, ni a sobrevalorarlos o infravalorarlos.

En conclusión, debe señalarse que la acreditación de la desviación de poder es una cuestión de difícil prueba y de distinta apreciación en los órganos judiciales, por lo que la seguridad jurídica y el deber de predeterminación normativa (que forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, tal y como se ha expuesto en el Capítulo 2 del presente trabajo) imponen que la ley efectivamente regule los límites sobre configuración de los procesos selectivos a los que se hace referencia en esta tesis doctoral.

7.- LA FRAGMENTACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS: EL CASO DE LOS Entes LOCALES, UNIVERSIDADES Y OTROS Entes PÚBLICOS Y PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO

Una circunstancia destacable de los procesos selectivos en España es su excesiva fragmentación, la cual es contraproducente, al menos en lo que a las Escalas, Cuerpos y Categorías generales se refiere. Inicialmente, la doctrina denunciaba que cada Cuerpo funcional había configurado una estructura particular de las pruebas de conocimientos, con ejercicios diferentes y programas de temas distintos, artificialmente sobredimensionados en algunos casos. Como ejemplo, cabe preguntarse por qué el temario de Derecho Civil exigido cambia en los Cuerpos de letrados según la Administración de que se trate. Ante esta situación, SANTAMARÍA PASTOR⁵⁹³ planteaba ya en los años ochenta la posibilidad de “racionalizar las opciones selectivas, permitiendo a los aspirantes una preparación básica polivalente, que les habilite sin gran esfuerzo adicional para concurrir a pruebas diversas”, refiriéndose a la “conveniencia de unificar los cuestionarios y la estructura de las pruebas, al menos por áreas de conocimiento”.

A pesar del esfuerzo de refundición de Cuerpos funcionariales realizado por la Ley 30/1984, el nacimiento de las Comunidades Autónomas y el desarrollo de la autonomía local han reproducido el fenómeno de fragmentación de los procesos

⁵⁹³ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo, op.cit., pg. 4 y ss.

selectivos, de manera que, para Cuerpos funcionariales sustancialmente idénticos, los procesos selectivos, conocimientos exigidos y habilidades requeridas varían sustancialmente según la Administración Pública o Ente convocante del proceso selectivo. La cuestión se reproduce con más fuerza aún en el ámbito del personal laboral, donde en numerosos casos la selección se realiza para puestos concretos. En esta línea, indica CHAVES GARCÍA⁵⁹⁴ que, en lugar de construir un sistema centralizado de selección de personal que permitiera “una selección autónoma, independiente y homogénea de personal”, se ha optado porque cada Administración Pública o Ente convocante seleccione a su propio personal, lo cual resulta una “opción legítima bajo criterios de autoorganización pero cuestionable desde la perspectiva de la igualdad y del mérito y capacidad, ya que están servidas las situaciones diferenciales en cada procedimiento selectivo según la Administración convocante”.

Ya en los años ochenta, ESCUÍN PALOP⁵⁹⁵, refiriéndose a la falta de planificación de recursos humanos y al excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos, aludía a los dos problemas que ello generaba: a) El gasto público generado por el elevado número de procesos selectivos que se tramitan. Y b) La desigualdad de oportunidades entre los ciudadanos, que no disponen de una información clara sobre el momento en que se van a convocar los procesos selectivos, por lo que sólo pueden prepararse adecuadamente las personas que tienen conocidos que les proporcionan información interna del órgano convocante.

Estas desafortunadas circunstancias son las que concurren en la actualidad. El fenómeno de fragmentación se aprecia especialmente en el ámbito del personal laboral y de los funcionarios propios de las Entidades Locales, es decir, aquéllos que no precisan de habilitación de carácter estatal. Así, existen en España más de ocho mil Entidades Locales que aprueban su propia Oferta de empleo público y tramitan sus propios procesos selectivos. Esto genera una enorme heterogeneidad en los procesos selectivos utilizados y en el nivel de conocimientos exigidos. Además, no puede obviarse la circunstancia de que numerosos municipios son de tan pequeño tamaño que es imposible que dispongan de los medios para tramitar adecuadamente un proceso selectivo.

Esta situación viene produciéndose porque el Real Decreto 896/1991, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, establece unos temarios mínimos pero da un amplio margen de maniobra a las Entidades Locales para particularizarlos. Además, dado que la mayoría de las Entidades Locales son de pequeño o mediano tamaño, ofrecen en cada proceso selectivo muy pocas plazas o incluso una sola plaza. Esto determina que el aspirante a empleado público tiene que prepararse un proceso selectivo distinto cada vez que aspira a un escaso número de plazas, lo cual resulta poco operativo

⁵⁹⁴ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 150.

⁵⁹⁵ ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 157.

y además, *de facto*, impide la efectiva participación en los procesos de acceso al empleo público local, ya que es imposible prepararse un proceso selectivo distinto cada vez que se aspira a una plaza en un Ente Local.

Lo expuesto determina, a nuestro juicio, la restricción lesiva del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE. Resulta desproporcionado que existan temarios distintos unos de otros y pruebas tan distintas unas de otras, para acceder al mismo Cuerpo, lo cual se agrava si las múltiples convocatorias son reducidas (para un puesto, tres puestos, etc., cada ciertos años). Esto provoca *de facto* una verdadera lesión del derecho de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, porque se limita, de forma injustificada y desproporcionada, la posibilidad real de concurrir a los procesos selectivos.

Por tanto, el excesivo fraccionamiento de los procedimientos selectivos para puestos de trabajo sustancialmente idénticos afecta al principio de mérito y capacidad, pues se exigen niveles de conocimiento, pruebas y méritos muy distintos. Asimismo, limita *de facto* el derecho a concurrir libremente a los procesos selectivos, porque no es posible prepararse pruebas y temarios tan heterogéneos, lo cual no se justifica si los puestos de trabajo son sustancialmente idénticos.

Esta situación no es desconocida para la doctrina. Así, ya CASTILLO BLANCO⁵⁹⁶ indicó que el Real Decreto 896/1991 daría lugar a un “galimatías en el que, desgraciadamente, primará una absoluta heterogeneidad de temarios, de pruebas de acceso, de sistemas selectivos, etc.”. También ha señalado PÉREZ LUQUE que el Real Decreto 896/1991 provoca una gran disparidad entre las distintas Corporaciones Locales, en la medida en que unas van a ser más exigentes que otras en cuanto al nivel de conocimientos de los opositores, lo cual “producirá daños a los principios de igualdad y seguridad jurídica material.”⁵⁹⁷

Además, debe añadirse que esta situación de fragmentación favorece la celebración de procesos selectivos que son verdaderos “trajes a medida” de candidatos ilegítimamente favorecidos, ya que los procesos selectivos son diseñados por el poder político local, muy mediatizado por intereses políticos, clientelares y familiares. Esta realidad ha sido reconocida por el Defensor del Pueblo, que, en su Informe de 2007⁵⁹⁸, destaca que “cuanto más especializada es la convocatoria, cuanto menos son las plazas a cubrir y cuanto más se descende en la organización territorial, la discrecionalidad y subjetividad en la actuación de la Administración convocante y de los tribunales es mayor”. Esta realidad contrastada choca frontalmente con el principio apriorísticamente defendido en el ámbito europeo de que las competencias deben atribuirse a los Entes que estén más cerca del ciudadano.

⁵⁹⁶ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 175.

⁵⁹⁷ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 319 y 335.

⁵⁹⁸ *Informe anual del Defensor del Pueblo de 2007*, pg. 1138.

También se señala en el Informe del Defensor del Pueblo 1991 que “puede afirmarse que en el ámbito local se da una mayor incidencia de quejas que tienen como objeto las pruebas selectivas de ingreso en las corporaciones locales que en otros sectores, teniendo como elemento común casi todas ellas la disconformidad de los interesados con la actuación de los tribunales o comisiones de selección. Los motivos de este fenómeno son variados, pero quizás la raíz del problema estribe en la proximidad de estas administraciones públicas —especialmente las de menor tamaño— a las personas que pretenden incorporarse a ellas, con situaciones próximas muchas veces al conocimiento personal, y en la falta de instrumentos técnicos que objetiven la selección de personal, como serían las relaciones de puestos de trabajo, una mayor publicidad de las convocatorias y un mejor asesoramiento técnico-jurídico”.

En particular, y sobre todo respecto de las Corporaciones Locales de pequeño y mediano tamaño, autores como FONDEVILA ANTOLÍN⁵⁹⁹ consideran que los principios del EBEP sobre selección de empleados públicos, especialmente de los artículos 55 y 60, tendrían una mejor aplicación con la creación de órganos especializados, de modo que las Corporaciones Locales, a través de Convenios administrativos, podrían “encomendar la selección de su personal a estos Institutos o Escuelas”. En definitiva, se trata de la externalización de los órganos de selección en el ámbito local.

Esta externalización facultativa se postula no sólo por el riesgo de parcialidad de los miembros de los órganos de selección en el ámbito local, sino también porque los pequeños y medianos municipios, que son la mayoría en nuestro país, carecen realmente de medios materiales y humanos que aseguren incluso el carácter técnico de los miembros del órgano de selección.

También se alega⁶⁰⁰ a favor de la externalización que favorece la mejor consecución de los principios de eficacia y economía. Así, el excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos no contribuye en nada al principio de eficacia administrativa. En este sentido, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁶⁰¹ aluden a la falta de racionalidad a la hora de dotar medios para proveer nuevos puestos, refiriéndose a que el fraccionamiento del reclutamiento de nuevo personal obliga a efectuar un número muy elevado de procesos selectivos.

Por su parte, la Exposición de Motivos del Real Decreto 896/1991 señala que “la diversidad de Entes locales, su peculiar organización y la incidencia que la selección de los funcionarios tiene en la movilidad de los mismos, hace necesario un marco común lo suficientemente flexible para adecuar las bases concretas de selección de los funcionarios locales a su realidad específica”. No se entiende, sin

⁵⁹⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 149.

⁶⁰⁰ Op.cit., pg. 150.

⁶⁰¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 3 y ss.

embargo, cuál es esa diversidad de Entes Locales y peculiaridades de su organización que justifica una tan gran inconcreción por parte de la legislación básica. Es más, es claro que los Entes Locales pueden añadir al programa temas que tengan relación con sus peculiaridades, tales como conocer la organización propia del Ente, pero también está muy claro que, para entrar al servicio de un Ente Local, sea cual sea este Ente, han de tenerse los conocimientos básicos necesarios para cualquier puesto similar en la Administración del Estado o de cualquier Comunidad Autónoma, añadiendo a ello la temática específica común del Régimen Local (que implica también conocer las normas sobre Régimen Local dictadas por la correspondiente Comunidad Autónoma).

Es más que evidente, por tanto, que el derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE impone la eliminación de esta fragmentación de procesos selectivos irracional y perjudicial. A este respecto, parte de la doctrina viene señalando la posibilidad de establecer un sistema de habilitación estatal o autonómica, similar al sistema de los funcionarios locales de habilitación estatal. Así, ILDEFONSO HUERTAS⁶⁰² (aunque en referencia a la necesidad de garantizar la movilidad interadministrativa de los funcionarios)⁶⁰³ propone la creación de habilitaciones que garanticen a todos los funcionarios el derecho a progresar y cambiar de destino, de modo que se establezcan conocimientos técnicos para los Cuerpos generales uniformes en todas las Administraciones públicas que posibiliten la movilidad interadministrativa del personal.

También señala CASTILLO BLANCO⁶⁰⁴ que “podría estudiarse la posibilidad de articular una habilitación para la provisión de los Cuerpos generales en toda la función pública, o si se prefiere en el ámbito autonómico, facilitando, de esta forma, anualmente un contingente suficientemente amplio de plazas para su posterior adscripción, mediante los procedimientos ordinarios o el diseño de procedimientos específicos, en las distintas funciones públicas existentes en cada Comunidad Autónoma, favoreciendo de esta forma la movilidad interadministrativa, la reducción de la dispersión de pruebas selectivas, la homogeneización de los requisitos para el acceso a las distintas Escalas y subescalas entre las distintas funciones públicas, etc.”.

Por lo tanto, para poner fin a la citada fragmentación de procesos selectivos en el ámbito local, procedería la realización de procesos selectivos de ámbito estatal o autonómico, de modo que todas las plazas a cubrir en los Entes Locales se acumulasen en una sola Oferta de empleo público anual, y se tramitase un único proceso selectivo (por la Administración Pública estatal o autonómica),

⁶⁰² ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 363.

⁶⁰³ También FONDEVILA ANTOLÍN entiende que la movilidad administrativa en el ámbito local, siendo un derecho del funcionariado, sólo podría quedar garantizada a través de una selección homogénea, que podría canalizarse a través de los Institutos y Escuelas de Administración Pública de las Comunidades Autónomas, partiendo de un modelo común de carrera administrativa. (FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 87).

⁶⁰⁴ CASTILLO BLANCO, F.A., “Los sistemas de selección...”, op.cit., pg. 179.

respecto de cada Cuerpo funcional o Categoría laboral. (Un sólo procedimiento para acceder al Cuerpo de Auxiliares administrativos, por ejemplo).

La articulación de este sistema admitiría variantes. Así, en primer lugar, podría pensarse en un sistema similar al de los funcionarios con habilitación estatal, de modo que se integraría de dos fases. La primera fase, de habilitación estatal, se tramitaría por el Estado o por las Comunidades Autónomas (donde se tramitarían las pruebas de conocimiento y demás pruebas para el acceso a los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales de que se trate). La segunda fase sería tramitada por cada Ente Local y en ella se procedería a la cobertura de las plazas resultantes mediante un concurso de méritos (pero entre quienes ya están habilitados).

Otra modalidad podría ser la de tramitar el procedimiento en una sola fase (tramitada por el Estado o la Comunidad Autónoma), donde se realizarían las correspondientes pruebas, baremaciones y demás, procediéndose a cubrir los puestos en los diferentes Entes Locales en función de la nota y la solicitud de cada aspirante. Este sistema es más sencillo, pues se integra de una sola fase, que es la realmente necesaria, y elimina la posibilidad de que las autoridades locales diseñen concursos a medida de determinados aspirantes en la fase de provisión de puestos. Pero elimina totalmente la participación de los Entes Locales, a diferencia del procedimiento de selección de los funcionarios locales con habilitación estatal, donde, en la segunda fase, los Entes Locales intervienen en el diseño del concurso para proveer los puestos.

A este respecto, teniendo en cuenta la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la autonomía local⁶⁰⁵, parece que el sistema tendría que ser bifásico, para permitir al menos en la segunda fase la intervención local. Así, el citado Tribunal ha justificado en la autonomía local la intervención de los Entes locales en la reglamentación de los baremos de los concursos de méritos para proveer las plazas de funcionarios locales de habilitación nacional. Así ocurre en la STC 235/2000, que analizó la remisión del artículo 99 LBRL⁶⁰⁶ a la potestad reglamentaria de los Entes Locales para que en dichos concursos fijaran los méritos específicos, que podrían alcanzar hasta el 25 % en la valoración global del concurso. En esta sentencia se afirma que “resulta plenamente coherente con la lógica del sistema que el legislador haya atribuido a los Entes locales interesados la fijación de un determinado porcentaje de los méritos que pueden hacerse valer en los concursos; méritos que, en todo caso, habrán de responder a las concretas

⁶⁰⁵ Puede verse un análisis general sobre la autonomía local en MORELL OCAÑA, L., “La autonomía local”, *RGDA*, nº. 13, 2006.

⁶⁰⁶ En la redacción dada por la Ley 10/1993. La atribución del 25% de la baremación a los Entes Locales fue ratificada por la STC 235/2000, que ha sido criticada por SÁNCHEZ BLANCO, con base en el carácter básico de los Cuerpos de Secretarios e Interventores de la Administración local, y la incidencia negativa que sobre la imparcialidad y objetividad en el ejercicio de la función pública tiene la relativización de los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos. (SÁNCHEZ BLANCO, A., “La función pública de los Secretarios e Interventores de la Administración local”, *REAL*, nº. 291, 2003).

características, de ahí su especificidad, del puesto de que se trate. (...) tal precisión no dejaría de entrar en conflicto con el margen de libre disposición de que se ha querido investir por el legislador a los Entes locales, no puede desembocar en un excesivo encorsetamiento de dicho margen mediante la fijación de grupos, tipos o categorías de méritos, que, sobre no venir exigida por la reserva de Ley, reduciría injustificadamente el ámbito en el cual naturalmente pueden desplegarse las competencias de aquellos Entes para especificar, en virtud de su potestad de autoorganización, las peculiaridades de los distintos puestos de trabajo”.

En todo caso, lo imprescindible de cara al respeto al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, es que la primera fase, la de selección con pruebas de conocimiento, sea unificada, para evitar el excesivo fraccionamiento de procesos selectivos, que en definitiva acaba mermando las posibilidades reales de concurrencia de los ciudadanos. Además, este sistema reduciría también el riesgo de diseño de procesos selectivos *ad personam*.

Las mismas razones postulan la aplicación de este sistema al personal laboral de los Entes Locales.

Debe señalarse que la razón que, según ha manifestado el propio legislador, provocó la existencia de los Cuerpos de habilitación nacional fue salvaguardar determinadas funciones que requerían unos funcionarios con una gran formación previa, cosa que se entendía que el propio Ente Local no podía asegurar. Pues bien, en el ámbito de los demás Cuerpos y Categorías de empleados públicos hay también una razón que justifica esta misma solución: el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE: no puede haber cientos de exámenes distintos, cada uno para lograr una o dos plazas, y tan distintos que el opositor no puede presentarse a muchos, con lo cual tiene muy reducidas las posibilidades de obtener una plaza. Además, como se ha expuesto, se alejaría el proceso selectivo de la órbita de los casos de clientelismo, que ha quedado demostrado que se producen con mucha intensidad en el ámbito de los Entes Locales, ya que el procedimiento selectivo unificado sería tramitado por el Estado o la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, debe aclararse que este sistema de procesos selectivos en que al menos la primera fase no se tramita por los Entes Locales afectados, no lesionaría la autonomía local, porque ésta no implica necesariamente el diseño y tramitación completos de los procesos selectivos. Entendemos que la autonomía local tiene por objeto la toma de decisiones políticas en aquellos aspectos materiales relacionados con los intereses peculiares del Ente (urbanismo, subvenciones, comercio, etc.), pero esta autonomía no se va a ver afectada por el hecho de que la selección de los empleados públicos sea externa (por ejemplo, a cargo de la Comunidad Autónoma), como no se ha visto afectada por el sistema de selección de los funcionarios locales de habilitación estatal. Y ello del mismo modo que el sistema de selección del profesorado universitario a través del mecanismo

de la acreditación nacional unificada a nivel del Estado no ha lesionado la autonomía universitaria. Además, la autonomía local no puede prevalecer en ningún caso sobre el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE.

Al respecto, cabe citar la STC 193/1987, que analizó la antigua normativa sobre concursos de traslados de funcionarios locales con habilitación de carácter nacional (Real Decreto 642/1981 y Real Decreto 3.046/1977), según la cual, una vez formada una terna con los candidatos que hubieran obtenido mayor puntuación con base en la valoración de los méritos correspondientes, se permitía al Ente Local el nombramiento discrecional dentro de esa terna. El Tribunal Constitucional consideró que este sistema “no guarda relación con el principio constitucionalmente reconocido de la autonomía municipal. Y ello porque la autonomía local consiste fundamentalmente, en la capacidad de decidir libremente, entre varias opciones legalmente posibles, de acuerdo con un criterio de naturaleza esencialmente política (STC n.º. 4/1981, fundamento jurídico 3.º), mientras que la resolución de un concurso de méritos para cubrir una plaza vacante de funcionarios ha de hacerse de acuerdo con un criterio estrictamente técnico, valorando exclusivamente el mérito y la capacidad del aspirante a la plaza de que se trate, conforme establece el artículo 103.3 de la Constitución”.

Sobre la necesidad de distinguir entre el ámbito político y el ámbito técnico-administrativo, SERRANO PASCUAL⁶⁰⁷ destaca que el gobierno y administración de las Entidades Locales corresponde a las instituciones democráticamente elegidas, pero que la decisión de quiénes sean las personas que han de ocupar los empleos públicos locales ha de corresponder a órganos estrictamente técnicos que hagan una propuesta vinculante, para poder cumplir con los principios de igualdad, mérito y capacidad. El análisis realizado en el presente trabajo nos permite concluir que no se trata ya solamente de que los Entes locales cuenten con órganos imparciales para tramitar los procesos selectivos, sino que además es necesario que también sean órganos imparciales los que diseñen los procesos selectivos. Es decir, no se trata solo de que el órgano de selección puntúe objetivamente unos exámenes, sino de que el Ente convocante no pueda diseñar un proceso selectivo *ad personam*, es decir, predeterminado por intereses ajenos a la selección del más capacitado.

Además, sería necesario acumular las plazas ofertadas por los Entes locales en una sola Oferta pública anual (ya sea de ámbito estatal o autonómico) con un único proceso selectivo, para permitir que el ciudadano *de facto* pueda prepararse para el acceso a un empleo público local, cosa que resulta casi imposible cuando se convocan numerosos procesos selectivos con diseño, pruebas y temarios dispares para plazas diseminadas y en número muy escaso.

No obstante, si bien el Tribunal Constitucional ha admitido el sistema de habilitación nacional para los Interventores y Secretarios de los Entes Locales, lo

⁶⁰⁷ SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica...”, op.cit., pg. 3133.

cierto es que dicho sistema es bifásico, y en la segunda fase sí intervienen los Entes Locales, tanto tramitando el concurso de mérito para proveer las plazas, como regulando una parte del baremo de méritos. En esta línea, la STC 85/1983, en relación con el Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, por el que se simplifica el procedimiento para ingreso en la Función Pública Local, señaló, refiriéndose a las comisiones de selección del personal de los Entes Locales, señala que “será preciso que el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora y con la adecuada presencia local (...)”. Por tanto, esta sentencia entiende que en los órganos de selección del personal de los Entes Locales debe existir una “adecuada presencia local”. Ahora bien, es necesario delimitar qué se entiende por “adecuada presencia local”.

A este respecto, señala FERREIRA FERNÁNDEZ⁶⁰⁸ que “cuestión bien distinta es que los Tribunales sean designados por el Pleno o incluso que, en virtud de acuerdo previo, se dé cierto protagonismo en esta designación a los grupos de la oposición o a los representantes sindicales, siempre y cuando se garantice la necesaria cualificación técnica de las personas designadas por estos representantes políticos o sindicales. Por el contrario, es en este plano, esto es, en el de la designación de los Tribunales donde el principio de autonomía local o de naturaleza local de los Tribunales puede y debe jugar el papel que le corresponde”. Como puede verse, este autor equipara el principio de autonomía local con la “naturaleza local de los Tribunales” de selección.

Así, añade que “podría, por tanto, llegar a hablarse de la naturaleza local, en cuanto concreción del principio de autonomía local, como uno más de los principios que deben regir la constitución y composición de este tipo de órganos de selección”, remitiéndose a la citada STC 85/1983. Entiende que este principio podría satisfacerse por dos vías: “o bien, garantizando la presencia en el órgano de selección de representantes de la Corporación afectada, o bien garantizando que la designación de los miembros que hayan de integrar el órgano de selección la decisión corresponderá a la Corporación afectada”.⁶⁰⁹ Ahora bien, si se entiende como representantes de la Corporación los miembros de la misma, designados por elecciones posibles, esta interpretación es incompatible con el artículo 60 EBEP.

No obstante, como se ha expuesto, si se entiende que la autonomía local consiste en la decisión con criterios políticos en los asuntos de interés de la Corporación, el diseño y tramitación completos de los procesos selectivos no formarían parte de esta autonomía.

⁶⁰⁸ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable”, *RGAP*, nº. 19, 1998, pg. 137.

⁶⁰⁹ *Op.cit.*, pg. 104.

Las consecuencias lesivas para el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE derivadas de la fragmentación de los procesos selectivos y del riesgo de favoritismo por la cercanía del órgano que diseña el proceso selectivo con los participantes han sido también analizadas por la doctrina en el caso de los procesos selectivos de profesores universitarios, donde también se han generado enormes problemas con el fenómeno denominado “endogamia universitaria”.⁶¹⁰ Se viene entendiendo que la selección de profesores universitarios ha sido un cúmulo de aspectos deficientes: la falta de definición exacta de los criterios de evaluación (lo que ha facilitado la falta de objetividad), la posibilidad de que alguno de los aspirantes pueda inducir la creación de la plaza y el momento de su convocatoria y de la celebración de las pruebas, así como la posibilidad de contar con el apoyo incondicional de un relevante número de los miembros de la comisión de selección (debido al modo en que se forma ésta). Todo ello acaba provocando que “la celebración de las pruebas se convierte entonces en un rito vacío de todo contenido, aunque compitiera un premio Nobel”.⁶¹¹

Pues bien, La LOU 6/2001 intentó resolver el problema estableciendo un sistema de acceso a los Cuerpos Docentes en el que se implantaba una primera fase consistente en la habilitación nacional⁶¹², en la que se tramitaba a nivel estatal de una habilitación nacional por un órgano distinto a las Universidades y se designaba a los miembros de las comisiones por sorteo. Sin embargo, los problemas de endogamia subsistían en la segunda fase, en cuya virtud se obtiene una plaza en una Universidad mediante concurso, y que se dejó en manos de las Universidades, porque la LOU se limitaba a establecer que sería resuelto “en cada Universidad, por una Comisión constituida a tal efecto, de acuerdo con el procedimiento previsto en sus Estatutos”.

Lo expuesto, en palabras de MARTÍN MORENO⁶¹³ constituía un auténtico cheque en blanco: “se deja en manos de las Universidades la determinación de los criterios para la resolución de los concursos, (...) y el procedimiento a seguir, la existencia o no de determinadas pruebas o la simple celebración de concurso con entrevista; la composición de las comisiones a las que corresponde juzgar el acceso, casi siempre con un abrumador peso del Departamento (...)”. Y este

⁶¹⁰ Según el Informe del Consejo de Universidades, “Boletín Informativo del Consejo de Universidades”, 1992, el 91 por ciento de las plazas adjudicadas en los concursos de acceso a los Cuerpos de funcionarios docentes universitarios eran cubiertas por los candidatos de la propia Universidad convocante.

⁶¹¹ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Acerca de la selección del profesorado...”, op.cit., pg. 67 y ss.

⁶¹² Aunque la primera fase presentaba el problema de que el número de habilitaciones objeto de convocatoria dependía del número de plazas comunicadas por las Universidades para ser provistas por habilitados nacionales. Al respecto, el informe elaborado por la Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas de 30 de octubre de 2003 destacó “la prudencia con que las Universidades van comunicando sus plazas vacantes, en número inferior al de las vacantes realmente producidas (...) por el riesgo de no poder ejercer de forma efectiva su derecho a escoger”.

⁶¹³ MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit., pg. 115.

cheque en blanco, como indica el citado autor, ha permitido a las Universidades “dotar las plazas según las necesidades de los profesores del Departamento, convocar los concursos dónde y cuándo quieran, designar a los evaluadores, concretar perfiles para espantar a posibles candidatos, decidir *ad hoc* qué méritos habrán de ser tenidos en cuenta y controlar la actividad de las comisiones de reclamaciones”⁶¹⁴, prácticas todas éstas⁶¹⁵, obviamente, contrarias al derecho fundamental del artículo 23.2 CE y que no pueden venir amparadas en la autonomía universitaria.⁶¹⁶

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007, se ha sustituido el sistema de habilitación nacional por el de acreditación nacional, pero en la segunda fase de provisión de puestos de trabajo por las Universidades parece que subsisten los mismos problemas. Así, BERCOVITZ⁶¹⁷ ha señalado que con el nuevo sistema “sólo se integrarán en el cuerpo de profesores titulares o de catedráticos quienes cuenten con el apoyo de una universidad, (...) normalmente la suya. Ese apoyo será preferentemente para el candidato local. (...) Resulta que las plazas salen a concurso a través del sistema de promoción existente en cada universidad. Lo que quiere decir que la plaza se crea a petición del profesor acreditado de la propia universidad. (...) Lo que además se puede vestir con un baremo, más o menos aparentemente objetivo, para juzgar los proyectos docentes y de investigación que presenten y defiendan los concursantes. La aplicación de ese baremo hará normalmente imbatible al candidato local frente al procedente de otras universidades”.

⁶¹⁴ Op.cit., pg. 121.

⁶¹⁵ Estas prácticas irregulares han sido detalladas por DEL SAZ CORDERO, S., en “Las oposiciones a cátedras”, *RAP*, nº. 144, 1997.

⁶¹⁶ También entiende MOREU CARBONELL que las propias Universidades pueden regular libremente la composición de las Comisiones evaluadoras y el procedimiento, los requisitos de los concursos de acceso, que pueden consistir en una simple entrevista, en una baremación o incluso en un auténtico examen. Esta libertad, a juicio del citado autor, tiene el riesgo de que “puedan fijarse requisitos específicos para favorecer a los candidatos locales, muy alejados de los principios de igualdad, mérito y capacidad”, quedando la decisión sobre las plazas vacantes para el acceso a los Cuerpos docentes queda totalmente en manos de las Universidades. Concluye que la habilitación no es la panacea contra la endogamia universitaria, ya que las Universidades acudirán a las figuras de profesores contratados reguladas en la LOU, hasta alcanzar el máximo del 49%, antes de arriesgarse a que sus candidatos locales puedan ser desplazados por un habilitado “externo”. Y, a este respecto, recuerda que este temor se demostró en los días previos a la publicación de la LOU, cuando se convocaron cientos de plazas con requisitos y plazos rebajados, “para conseguir colocar a sus candidatos locales antes de la entrada en vigor de la LOEY”. (MOREU CARBONELL, E., *El examen...*, op.cit., pgs. 14 y 15).

⁶¹⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, “Algunas consideraciones sobre las acreditaciones”, en *Congreso de Derecho Civil, los marcos institucionales de la Investigación*, Toledo, 15 y 16 de octubre de 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.

Pues bien, la normativa reguladora expuesta, en la parte de actuación que asigna a las Universidades⁶¹⁸, ha sido justificada con base en la autonomía universitaria. Sin embargo, parte de la doctrina viene señalando que, aunque la autonomía universitaria es un derecho fundamental (como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional), sin embargo el legislador le ha atribuido un alcance mucho mayor que el exigido por la Constitución Española,⁶¹⁹ ocurriendo que este entendimiento de la autonomía universitaria ha perjudicado al derecho fundamental del artículo 23.2 CE, que se ve lesionado por el protagonismo que la ley concede a las Universidades en el diseño y convocatoria de los concursos de adjudicación de plazas y en la composición de las comisiones que resuelven dichos concursos. En definitiva, se entiende que el concepto de autonomía universitaria no abarca este protagonismo, sino que la autonomía universitaria ha de estar concebida al servicio de la actividad científica y nada más.⁶²⁰

De hecho, las SSTC 75/1997 y 26/1987, entre otras, precisan que la razón de ser de la autonomía universitaria es la libertad de enseñanza e investigación. La propia STC 26/1987 señala que “naturalmente esta conceptualización como derecho fundamental con que se configura a la autonomía universitaria, no excluye las limitaciones que al mismo imponen otros derechos fundamentales⁶²¹ (como es el de igualdad de acceso al estudio, a la docencia y a la investigación) o la existencia de un sistema universitario nacional que exige instancias coordinadoras; ni tampoco las limitaciones propias del servicio público que desempeña”.

En este mismo sentido, señala la STC 47/2005 que “por imperativo de la norma constitucional, que reconoce la autonomía universitaria en los términos que la ley establezca, corresponde al legislador precisar y desarrollar esa autonomía, determinando y reconociendo a las Universidades las facultades precisas que aseguren la libertad académica o ... atribuyéndoles las facultades que garanticen el espacio de libertad intelectual, sin el cual no es posible la plena efectividad de la función esencial y consustancial a la institución universitaria, consistente en la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia, de la técnica y de la cultura”.⁶²² Por estos motivos, concluye la citada STC 47/2005 que la autonomía universitaria reconocida en el artículo 27 CE “no asegura frente al Estado o la Comunidad Autónoma el mantenimiento intacto de una determinada estructura

⁶¹⁸ Que ha generado la expuesta dosis de endogamia insoportable (SOSA WAGNER, F., *El mito de la autonomía universitaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2005, pg. 74 y ss.).

⁶¹⁹ MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit., pg. 87.

⁶²⁰ SÁNCHEZ BLANCO, A., “El derecho fundamental a la autonomía universitaria”, en *X Jornadas de estudio: introducción a los derechos fundamentales*, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, pg. 593, en referencia a la opinión de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ.

⁶²¹ Ver también en este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982, pgs. 60 y 61, y DEL SAZ CORDERO, S., en “Las oposiciones a cátedras”, *RAP*, nº. 144, 1997, pg. 94.

⁶²² En este sentido ver las SSTC 106/1990, 26/1987, 55/1989 y 156/1994.

organizativa básica universitaria, salvo lo previsto para la creación, modificación y supresión de departamentos, que corresponde a la universidad respectiva”.

Sobre esta base, parte de la doctrina ha considerado que la autonomía universitaria es compatible con un sistema de Cuerpos docentes (dependientes del Estado o de las Comunidades Autónomas) a los que se acceda por un sistema de oposición en que la intervención de las Universidades sea mínima.⁶²³

Por todo lo expuesto, procede postular la unificación de procesos selectivos respecto del personal funcionario propio de los Entes Locales. De hecho, se ha sostenido que “el concepto de autonomía local puede aguantar mayores grados de intervención normativa y hasta ejecutiva, siempre que la medida mejore notablemente la eficacia burocrática, el derecho de los ciudadanos al acceso, en régimen de igualdad, a los puestos públicos y haga efectiva la movilidad interadministrativa”.⁶²⁴

En la línea que se apunta en este trabajo, puede destacarse que la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, ha dispuesto en su artículo 19 que *“los órganos de gobierno de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha, de forma voluntaria y mediante los correspondientes convenios, pueden coordinarse con la finalidad de organizar de forma unificada sus Ofertas de empleo público. Dicha Oferta unificada debe publicarse, al menos, en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha. El Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, previo informe de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de Castilla-La Mancha, desarrollará reglamentariamente el procedimiento de elaboración de la Oferta unificada”*. Esta medida no alcanza al sistema aquí propuesto, pero supone un cierto adelanto, aunque muy limitado, pues depende de la voluntad de los Entes Locales.

Lo expuesto es aplicable también a los Cuerpos funcionariales y categorías laborales que comprenden empleos públicos de carácter general (como los auxiliares administrativos, titulados superiores y medios, que en esencia tienen las mismas funciones en cualquier Ente) de otras Entidades del Sector Público en las que también se produce un fraccionamiento similar al que tiene lugar en los Entes locales y las Universidades, tales como los Organismos Públicos (Consortios, Agencias Administrativas, etc.) y los Entes Privados del Sector Público (Sociedades Mercantiles y fundaciones del Sector Público). En efecto, en estos casos se produce un excesivo fraccionamiento de procesos selectivos que da lugar a la misma problemática lesiva del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, en su triple aspecto: disminución de la posibilidad de concurrir a los

⁶²³ MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit., pg. 97. También añade que el enorme poder que se otorga a las Universidades para decidir la composición (o parte) de las comisiones nada tiene que ver con la garantía de libertad de la ciencia y de la enseñanza a cuyo servicio está la autonomía universitaria. (MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 45).

⁶²⁴ LLISSET BORREL, F., y GRALI ÁVILA, S., “La Función pública local” en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAPA, Madrid, 1992 pg. 177.

procedimientos selectivos por su diseminación, lesión del principio de igualdad por la exigencia de requisitos y pruebas excesiva e injustificadamente heterogéneas, y diseño de procesos selectivos *ad personam*, así como actuación no imparcial de los órganos de selección.

En cuanto a los Organismos Públicos dependientes de las Administraciones Públicas, se debe aclarar y unificar el catálogo de Cuerpos funcionariales y Categorías de personal laboral, de manera que, para la mayoría de sus efectivos de personal, estos Organismos Públicos no tramiten procesos selectivos para cada contratación o nombramiento, sino que tomen los efectivos de personal suministrados por los procesos selectivos de la Administración de la que dependen (estatal, autonómica o local). No tiene sentido que cada Organismo Público tramite un proceso selectivo para seleccionar, por ejemplo, Titulados Superiores o Auxiliares Administrativos, si la Administración General de la Comunidad Autónoma o la del Estado ya tramitan este tipo de procesos selectivos. Lo que procede, en buena lógica, es que el Organismo Público tome sus efectivos de esos procesos selectivos. Por tanto, los Organismos Públicos deben poder fijar sus necesidades de personal, pero una vez calculadas, deben formar parte de la Oferta de empleo público de la Administración Pública de la que dependen, y será ésta la que tramite un único proceso selectivo.

Otra cosa es que el Organismo Público cuente en exclusiva con determinado tipo de personal por razón de especialización técnica, como ocurre con los Inspectores de Hacienda o los Agentes Tributarios, o los Inspectores de Trabajo, que son Cuerpos funcionariales en los que se requieren particulares conocimientos respecto de ramas muy concretas del Ordenamiento Jurídico o de la actividad administrativa, razón que precisamente justifica que se trate de Cuerpos funcionariales distintos de los generales, y que, por tanto, han de tener su propio proceso selectivo (lógicamente, con sometimiento a las reglas expuestas sobre procesos selectivos y composición de los órganos de selección). Pero estos supuestos son excepcionales. Si las funciones pueden ser desempeñadas por los Cuerpos funcionariales o Categorías laborales que operan en la Administración General de la que depende el Organismo Público, a ella se debe acudir.

En relación con lo expuesto, puede destacarse que, respecto de las Entidades públicas empresariales y consorcios autonómicos, la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, dispone que la selección “la realizará el centro directivo competente en materia de función pública”.

Finalmente, en cuanto a las Entidades privadas Instrumentales de cualquier Administración (sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, fundamentalmente), cabe exponer las mismas conclusiones, de modo que, en general, su personal han de tomarlo de los procesos selectivos tramitados por la Administración Pública de la que dependen.

Esta es la única forma de hacer realmente posible la concurrencia de los ciudadanos a los procesos selectivos, y no obligarles a presentarse a múltiples procesos afectantes cada uno a un reducido número de plazas. Y ello, teniendo en cuenta que (salvo casos excepcionales, como la Administración Tributaria o de la Seguridad Social) no hay razones objetivas que justifiquen la necesidad de tramitar procesos selectivos fraccionados si se trata de puestos de trabajo con funciones muy similares.

8.- LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL

8.1.- Introducción

Uno de los principales problemas que afectan a la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público es la proliferación del empleo precario en la Administración Pública (funcionarios interinos y laborales temporales). La problemática del empleo público temporal es objeto de análisis en el apartado 3.1 del Capítulo 6 de esta tesis doctoral. Aquí estudiamos los procesos de consolidación de empleo público temporal, que se tramitan como consecuencia de la generación de masas de empleados públicos temporales, que acaban presionando, con el apoyo de las organizaciones sindicales, al poder político para la conversión de su relación provisional en relación definitiva, pero sin someterse a los procesos selectivos que se suelen tramitar para el acceso libre.

Estos procesos selectivos de consolidación de empleo público temporal están diseñados para consolidar a este personal temporal reduciendo las exigencias de mérito y capacidad, relativizando el peso de las pruebas de conocimientos, a favor del peso de la baremación de méritos, especialmente sobrevalorando los servicios prestados. Así lo explica de manera muy clara el propio Defensor del Pueblo en su Memoria de 1986, en la que se hace referencia a la consolidación de interinos y temporales y al Real Decreto 2224/1985, cuyo sistema de bolsas de puntos en el ámbito de los Entes Locales era un auténtico fraude a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y cuya promulgación obedeció a verdaderos criterios de clientelismo político o sindical⁶²⁵. En dicha Memoria, se indicaba que se ha venido haciendo una utilización abusiva de las contratación de personal administrativo e interino de las Administraciones Públicas y que los procesos de consolidación de este personal podían “lesionar gravemente derechos fundamentales de los ciudadanos”, alertando de “la inclinación de muchas Entidades locales a primar excesivamente a los contratados e interinos en las pruebas de acceso”.

⁶²⁵ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 76.

El propio Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP ya señaló que la necesidad de reducir la temporalidad en el Sector Público no puede dar lugar a la consolidación “subjética o particular de aquéllos empleados que se han integrado en la Administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados”.⁶²⁶

Como indica QUINTANILLA NAVARRO⁶²⁷, los procesos de consolidación de empleo público temporal son procesos especiales fundamentados constitucionalmente en el derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo (artículo 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (artículo 40.1 CE). Pero también es cierto que estos derechos y principios constitucionales no pueden prevalecer sobre los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23.2 CE, que exigen una selección respetuosa con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En definitiva, los procesos de consolidación de empleo público temporal se ubican dentro de la categoría de los procesos selectivos restringidos. En un sentido amplio, pueden definirse los procesos restringidos como aquellos procesos selectivos de acceso a la Función Pública en los que se establece algún tipo de medida a favor de determinados colectivos a los que, por razón de circunstancias de índole diversa, se les diferencia en el acceso a la Función Pública, favoreciéndoles⁶²⁸ (por ejemplo, valorando los servicios prestados). Es éste un concepto amplio, ya que el Tribunal Constitucional suele utilizar este término en un sentido estricto, refiriéndose a los procesos en que se restringe el derecho a participar en el proceso selectivo a aquéllos que tengan la condición de empleados precarios de la Administración convocante (interinos, contratados administrativos y laborales temporales)⁶²⁹, privando al resto de la ciudadanía de la posibilidad de participar en el proceso selectivo.⁶³⁰

Como indica PALOMAR OLMEDA⁶³¹, este tipo de pruebas crean una “notable tensión”, en la medida en que, por un lado, existe la legítima expectativa de conseguir la estabilidad en el empleo público de quienes están desempeñando cargos públicos de manera no estable, y por otro lado, existe el derecho de todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad al empleo público. Como

⁶²⁶ Informe de la Comisión..., pg. 90.

⁶²⁷ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad”, AS, nº. 50/2008.

⁶²⁸ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 112.

⁶²⁹ Ver en este sentido las SSTC 151/1992, 302/1993 y 16/1998.

⁶³⁰ Este mismo sentido es el empleado por BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 2005, pg.135.

⁶³¹ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 113.

señala SÁNCHEZ MORÓN⁶³², por un lado, los servicios prestados a la Administración constituyen un mérito valorable, pues la eficacia administrativa puede verse favorecida si prestan servicios quienes ya han aprendido la dinámica administrativa, pero, por otro lado, existe el riesgo de que, mediante la simple valoración de estos servicios se dé acceso a quienes fueron reclutados sin ningún tipo de prueba selectiva, o mediante pruebas muy poco rigurosas. En tal caso, se favorecería la entrada como funcionarios de quienes ya en su momento accedieron a las funciones interinas sin acreditar méritos ni capacidad.⁶³³

Por su parte, PÉREZ LUQUE, refiriéndose al ámbito local, define al sistema restringido como “el que se prepara para dar cobijo o acceso a la Función Pública local a determinadas personas o grupos de ellas que, teniendo ciertos visos de legalidad a veces, supone, en la realidad, la violación de los principios constitucionales”, concluyendo que persigue un auténtico nombramiento directo.⁶³⁴ También GARRIDO FALLA⁶³⁵ señala que “a veces hay que saltarse el sistema, porque hay una serie de situaciones en la Administración –me refiero concretamente al conocido problema de los interinos de veinte o treinta años de servicio- en las que hay que buscar una excepción de la regla”.

En definitiva, gran parte de la doctrina considera que los procesos de consolidación de empleo temporal son en realidad quiebras del sistema de mérito y capacidad que no encuentran justificación suficiente en ninguna otra circunstancia, de modo que vulneran el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE. El problema de la valoración excesiva y desproporcionada de los servicios prestados con el objeto de favorecer al colectivo de interinos y laborales temporales en detrimento del resto de aspirantes ha sido puesto de manifiesto por Instituciones como el Defensor del Pueblo, que ya indicaba en su Informe de 1991 que “lo cierto es que, últimamente, los servicios previos tiene cada vez más peso específico en las convocatorias de pruebas selectivas sin que éstas se adecuen a conocer el valor real de esos servicios, conformándose con atribuir una determinada puntuación en función del tiempo durante el cual se hayan prestado servicios. De este modo es el tiempo y no la experiencia y conocimientos acumulados lo que se valora, hecho con el que hemos de manifestar nuestra disconformidad”.

El citado Informe se refirió en particular al régimen transitorio de la LOGSE (Ley Orgánica 1/1991), que establecía que “tendrán una valoración preferente los servicios prestados en la enseñanza pública”. Sobre estos procesos selectivos, el citado Informe del Defensor del Pueblo aludía a su dudosa configuración, reflexionando “que un opositor libre acredite su capacidad obteniendo en

⁶³² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Igualdad de oportunidades...”, op.cit., pg. 118.

⁶³³ En esta misma línea, PÉREZ LUQUE distingue entre procesos restringidos absolutos y relativos (PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg.82), y FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 209.

⁶³⁴ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pgs.110 y 111.

⁶³⁵ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1042.

ocasiones una excelente puntuación en la única prueba específica de conocimientos y, tras serle valorado un expediente académico a menudo sobresaliente, no pueda obtener una vacante en beneficio de otro opositor cuyo resultado en la prueba específica de conocimientos sea inferior casi siete puntos sobre diez, y cuyo expediente académico sea mucho menos brillante, y esto por el hecho de haber sido este último funcionario interino los últimos cursos, es algo que tiene difícil explicación. Si a ello añadimos que la prueba específica de conocimientos se aproxima bastante en su diseño a la labor docente ordinaria de impartición de clases, inquieta pensar que no sea aquí donde realmente se haga notar la experiencia docente y sea necesario el otorgamiento de puntuación adicional para hacer valer este mérito”.

Finalmente, el Defensor del Pueblo recomendó al Ministro de Educación y Ciencia que se llevaran a cabo las modificaciones legislativas necesarias para que en las siguientes convocatorias de los citados procesos selectivos “se asigne a la experiencia docente previa en el Sector Público un valor tal que no implique la imposición de dificultades extraordinarias a quien no la posea para el acceso a la función pública docente”.

La problemática ha continuado con la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, que también regula un régimen transitorio de ingreso en la función pública docente. En el Informe anual de 2007⁶³⁶ el Defensor del Pueblo se refiere al Real Decreto 276/2007, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, accesos y adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos docentes, donde se prevé, para la parte B de la prueba selectiva, consistente en la defensa de una unidad didáctica, que las Administraciones educativas, para el profesorado interino que estuviera en activo, podrían sustituir este ejercicio por un informe, que, a tal efecto y a instancias del aspirante, elaborarían dichas Administraciones, en el que se valorarían los conocimientos del candidato acerca de la unidad didáctica. Sobre este sistema especial para interinos, el Defensor del Pueblo recomendó que se tendiera “al establecimiento de convocatorias más equilibradas y homogéneas para todos los aspirantes”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, aunque con matizaciones, ha admitido la existencia tanto de los procesos restringidos en sentido estricto, como de los abiertos con valoración de servicios prestados (restringidos en sentido amplio). Sin embargo, la doctrina del Tribunal Constitucional no ha sido del todo satisfactoria respecto de los principios de mérito y capacidad, sino que probablemente se ha terminado por imponer la necesidad práctica de dar respuesta al problema de la excesiva masa de empleados públicos precarios. Así, dicha doctrina constitucional puede resumirse del siguiente modo:

a) Las denominadas “pruebas restringidas” en sentido estricto son contrarias a los principios de mérito y capacidad en general, pero se admiten en

⁶³⁶ Informe anual del Defensor del Pueblo de 2007, pg. 1177.

casos excepcionales muy justificados (como es el proceso irreplicable de consolidación de las Comunidades Autónomas que en su nacimiento padecieron la urgencia de reclutar un gran número de empleados).

b) Sí es constitucionalmente admisible la valoración, en procesos abiertos, de los servicios prestados, si bien esta valoración ha de ser razonable y no desproporcionada. Ahora bien, el problema radica en determinar qué es una valoración razonable y no desproporcionada. En este punto, en los casos analizados por el Tribunal Constitucional la valoración siempre ha estado en el límite de lo tolerable, subyaciendo la idea de que se trata de una verdadera desigualdad.

Otro de los grandes problemas que plantean los procesos de consolidación de empleo temporal es la tramitación son las denominadas “pruebas descafeinadas” que se utilizan en estos procesos selectivos, donde se reducen o eliminan las pruebas de conocimientos. Así, en el caso de las pruebas descafeinadas se aparenta exigir conocimientos en las pruebas de examen de la fase de oposición, pero en ellas en realidad se rebaja sensiblemente el nivel de exigencia de conocimientos, de modo que todo el personal temporal las pueda superar fácilmente, y finalmente prevalezca, con carácter determinante, la valoración de los servicios prestados, de modo que el carácter abierto de las pruebas es meramente formal. Para evitar que se produzca esta situación, deberían arbitrarse mecanismos de los que más adelante trataré, y que tienen que ver con el establecimiento de verdaderas pruebas de conocimientos por órganos de selección imparciales e independientes.

Como ejemplo, resulta difícil entender conformes con los principios de mérito a capacidad a previsiones como la contenida en la Orden de 18 de julio de 2008, por la que se convocó proceso selectivo de consolidación de empleo para el ingreso en el Cuerpo Superior de Administración de la Xunta de Galicia, subgrupo A1, en la que se establecía que el ejercicio teórico tipo test de la fase de oposición “se calificará de 0 a 20 puntos, siendo necesario para superarlo obtener un mínimo de 10 puntos. El número total de respuestas acertadas para obtener esta puntuación mínima vendrá dada por el número total de respuestas acertadas que tenga el/la aspirante que quede clasificado en la posición número 450 en una escala establecida entre el aspirante de más respuestas acertadas y el de menos”. Esta regla determinaba que se aprobara a 450 participantes independientemente de que hubieran respondido correctamente ni siquiera un número mínimo de respuestas, es decir, sin alcanzar ni siquiera una nota de 5 sobre 10.

Otro ejemplo es la STS de 14 de febrero de 2011⁶³⁷, que resuelve sobre la impugnación por el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de

⁶³⁷ En el mismo sentido se pronuncia la STS de 22 de octubre de 2012. En esta ocasión, el citado Colegio aducía “que las pruebas para la fase de oposición tenían un grado de dificultad inferior a las propias para el acceso a la subescala de auxiliar de administración general, de modo que todos los aspirantes superaron la fase de oposición con la máxima puntuación, lo que excluía toda posible competitividad”.

Administración Local de la Comunidad de Madrid de la Orden APU/244/2007, de 29 de enero de 2007, por la que se convocó proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Subescala de Secretaría-Intervención mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco de consolidación de empleo interino. El citado Colegio Profesional entendía que no se respetaban los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque se rebajaba la exigencia de la fase de oposición a puntos insospechados para que casi todos los aspirantes (lo cual favorecía a los interinos) pudieran superar esta fase, así como se premiaba de forma desproporcionada los largos tiempos de desempeño de un puesto de carácter interino, sin reconocerle, por el contrario, valor o "mérito" alguno al que había venido desempeñando dicho puesto incluso más de cuatro años.

El citado Colegio recordaba, además, que los puestos convocados eran de grupo A e implicaban una altísima responsabilidad, lo cual debía verse reflejado en la exigencia de conocimientos técnicos en la fase de oposición. Concretamente, en la convocatoria impugnada había un primer ejercicio tipo test de solamente 40 preguntas, donde ni siquiera las respuestas erróneas restaban puntos. La Audiencia Nacional había considerado válido el proceso, recordando que la valoración de servicios previos podía alcanzar el 27,58% de la puntuación total del proceso selectivo, lo cual estaba dentro del límite señalado por el Tribunal Constitucional (que había llegado al 45%). Por su parte, el Tribunal Supremo admite el proceso recordando que cumple con los requisitos que viene exigiendo la doctrina constitucional, y que la convocatoria "persigue un fin legítimo, cuenta con la necesaria cobertura legal y (...) valora los servicios que han prestado sin erigirlos en factor de exclusión de otros aspirantes". Finalmente señala que la Administración, al amparo del artículo 39 de la Ley 50/1998, podía haber escogido el procedimiento del concurso.

Otro ejemplo muy representativo es el Proceso de Consolidación del Personal Temporal de la Diputación Provincial de Cádiz, cuya Base Séptima ha sido anulada por la sentencia 355/2010 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Cádiz. Concretamente, en la fase de oposición se preveía la presentación de una memoria, entendiendo la citada sentencia que no hay garantía de que la misma haya sido redactada por el candidato, y que podrían verse vulnerados los principios de mérito y capacidad.

Tal y como se señala en el voto particular a la STC 185/1994, si se atribuye un quantum importante a la interinidad, debe ser porque se trate de un proceso selectivo excepcional o extraordinario, es decir, no repetitivo. Y como indica el citado voto particular, ello no es así en nuestro país, pues uno de los episodios recurrentes en la historia de la Administración española es el de dar solución al cabo de cierto tiempo al problema que se ha ido generando como consecuencia del mantenido sistema de nombramiento discrecional de funcionarios interinos, que incluso permanece por tiempo superior al previsto en las normas.

Así, el gran problema en la práctica es que las Administraciones, continuamente, están aumentando sus bolsas de interinos, y suele ocurrir el fenómeno repetitivo de que, cada cierto tiempo, se hace necesario (ante las presiones sociales) consolidar a estas grandes masas de interinos, por lo que la excepcionalidad del proceso desaparece. Como indica PÉREZ LUQUE, los procesos restringidos debían ser transitorios, “por una sola vez”, pero el problema aún no se ha resuelto, pues siguen convocándose este tipo de procedimientos.⁶³⁸

Se trata del denominado efecto “bola de nieve”⁶³⁹: las Administraciones, por diversos motivos a los que hemos aludido anteriormente, contratan a personal temporal continuamente, así que, cuando se concluye un proceso de consolidación, ya hay una nueva bolsa de personal temporal que reclama otro proceso de consolidación. Buena prueba de ello es la Disposición Transitoria 4ª del EBEP, que es una ley del año 2007 y que, sin embargo, sigue permitiendo la celebración de procesos de consolidación de empleo temporal y no solamente para empleados temporales de mucha antigüedad, sino para todos los contratados hasta 31 de diciembre de 2004.

Aunque inicialmente los procesos de consolidación de empleo surgieron para dar estabilidad laboral a los colectivos precarios que habían surgido con ocasión del nacimiento de las Administraciones autonómicas, lo cierto es que, como indica PUERTA SEGUIDO⁶⁴⁰, los procesos de consolidación de empleo precario actualmente ya no se deben sólo a esta circunstancia, sino que estos procesos son hoy día, ya en el siglo XXI, una realidad continua, que cuenta con el impulso de pronunciamientos judiciales que siguen aludiendo a aquella circunstancia por inercia.

Lo expuesto determina que no sólo deben regularse con mayor respeto a los principios constitucionales los procesos de consolidación de empleo temporal, sino que es preciso establecer unas reglas jurídicas contundentes que impidan la generación de bolsas de empleo temporal más allá de lo estrictamente necesario, que luego dan lugar a los procesos de consolidación. Es este fenómeno recurrente el que hay que atajar. En el apartado 3.1 del Capítulo 6 de esta tesis doctoral se analizan y proponen medidas legales para lograr este objetivo, y en el presente apartado se analizan los procedimientos selectivos utilizados para consolidar el empleo temporal.

En conclusión, y siguiendo a PUERTA SEGUIDO⁶⁴¹, puede decirse que el fenómeno de los procesos de consolidación de empleo temporal ha sido fomentado por los siguientes factores:

- La tibieza de alguna línea jurisprudencial.

⁶³⁸ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg.117.

⁶³⁹ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 327.

⁶⁴⁰ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 310.

⁶⁴¹ Op.cit., pg. 337.

- El empeño de las Administraciones Públicas en consolidar los vínculos transitorios abusivamente utilizados y sacudirse la agobiante presión sindical.

- La colaboración de los legisladores, estatal y regionales.

Se expone a continuación un análisis sobre la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a los procesos selectivos restringidos, la legislación vigente al respecto y las conclusiones.

8.2.- La doctrina constitucional sobre los procesos selectivos restringidos

8.2.1.- Los procesos restringidos en sentido estricto

El Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que los procesos restringidos en sentido estricto están constitucionalmente prohibidos, pero que son excepcionalmente admisibles con los siguientes requisitos:

- Solamente proceden en casos excepcionales, muy justificados, que fundamentalmente han consistido en la absorción del personal temporal generado en la creación de las Administraciones autonómicas.

- Son un remedio excepcional, que sólo puede utilizarse una sola vez.

- Precisamente por esta excepcionalidad, han de estar establecidos por una norma con rango de ley, que además tenga el carácter de normativa básica. Por tanto, las Comunidades Autónomas, al legislar sobre estos procesos, deben ajustarse a lo dispuesto en la normativa básica.

Se efectúa a continuación el análisis de tales requisitos.

1) casos excepcionales, muy justificados

En cuanto a cuáles son esos casos excepcionales y muy justificados en que son admisibles los procesos selectivos restringidos, el Tribunal Constitucional se ha referido al personal precario proveniente del nacimiento de las Administraciones autonómicas, que constituyó una situación singular y derivada del proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas autonómicas. Así, la sentencia fundamental en esta materia es la STC 27/1991, relativa a las pruebas restringidas previstas en la Disposición transitoria 6ª de la ley andaluza 6/1985 y la Disposición Transitoria 9ª de la Ley canaria 2/1987, que, con base en la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 30/1984, preveían la celebración de estas pruebas exclusivamente para determinado personal temporal que estaba prestando servicios en dichas Administraciones Públicas en ese momento, básicamente en virtud de contrato administrativo.

El Tribunal Constitucional admite la celebración excepcional de estas pruebas por ser la vía para resolver una situación singular y derivada de un proceso único e irrepetible de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas a nivel autonómico que dio lugar a la necesidad de adscribir, de forma inmediata, a personal en régimen de Derecho administrativo, cuando ni existían plantillas de funcionarios, ni había tiempo para poder acudir a las formas normales de ingreso en la Administración Pública como funcionario de carrera. También la STC 60/1994 señala que la “libertad de acceso de los ciudadanos a dichas funciones públicas, que sólo puede ser exceptuada por muy excepcionales razones objetivas como son aquí las derivadas de la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, inicialmente aún no dotadas de una función pública propia”.⁶⁴²

La doctrina suele citar como otro supuesto de pruebas restringidas admitidas por el Tribunal Constitucional los procesos de consolidación del personal docente no universitario. Así, en la STC 11/1996, respecto del sistema de selección transitorio establecido en la LOGSE, se considera que tiene “legitimidad constitucional” por tener como finalidad “absorber el profesorado no numerario nacido desde la anterior Ley General de educación, un cuarto de siglo antes, cuya mayoría se hallaba en situación precaria. (...) El trato de favor concedido a los aspirantes que con anterioridad hubiesen desempeñado tareas docentes como interinos posee un carácter excepcional y deriva de una circunstancia vinculada a una finalidad constitucionalmente legítima, como es la de normalizar la situación del personal al Servicio de las Administraciones educativas y mejorar su cualificación”. No obstante, debe indicarse que este no era un caso literal de pruebas restringidas, sino de pruebas abiertas en las que se valoraban los servicios previos de forma relevante.

El propio Tribunal Constitucional, en la sentencia 130/2009, aclara que los únicos supuestos que ha admitido para legitimar procesos restringidos en sentido estricto son “la creación de una nueva Administración, con la consiguiente necesidad de adscribirle de forma inmediata personal por no estar dotada de función pública propia ni existir plantillas de funcionarios, ni, en fin, por no poder acudir a los sistemas legales de provisión de acceso a la función pública así como tampoco con la necesidad de resolver la situación derivada de la imprescindible creación de un aparato administrativo en un ámbito concreto como el sanitario”.

El carácter restrictivo de las causas excepcionales que habilitan los procesos restringidos ha sido confirmado en dicha sentencia 130/2009, relativa a la

⁶⁴² ESCUÍN PALOP explica la situación del nacimiento de la función pública de las Comunidades Autónomas, recordando que el Estado transfirió competencias, pero no transfirió forzosamente a los funcionarios estatales, sino que estableció el traslado voluntario, que no fue masivamente seguido. Por tanto, las Comunidades Autónomas, acudieron a instrumentos de incorporación de personal que el Estado había intentado eliminar, como fue la contratación de interinos (eliminada por Real Decreto-ley de 1977) o mitigar, como fue el caso de los contratados administrativos, a los que se había puesto el límite de un año. (ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 202).

Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra, que estableció un proceso excepcional para la obtención de la habilitación concedida por la Administración de la Comunidad Foral para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades locales de Navarra, mediante la superación de pruebas selectivas de concurso-oposición restringidas a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando plaza en interinidad.

La causa de la bolsa generada de interinidad, tal como indica la propia Exposición de la ley impugnada, se hallaba en que de acuerdo con la legislación foral de régimen local (Disposición Transitoria 3ª de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio), la convocatoria de los puestos de trabajo de secretaría e intervención quedaba vinculada a la previa y necesaria constitución, por leyes forales, de las agrupaciones forzosas de municipios para la prestación en común de tales funciones públicas, y mientras tanto las vacantes se cubrirían *"mediante contratación temporal de personal con titulación propia del cargo"*.

Es mucho después, cuando la Ley Foral 11/2004 desvincula el proceso de reforma del mapa municipal navarro del sistema de acceso y provisión de puestos en relación con las funciones de secretaría e intervención de las Entidades locales de Navarra. Al respecto, el Tribunal Constitucional considera que "no estamos ante esa situación excepcional que (...) permitiría apreciar que, conforme a nuestra doctrina, se dan las condiciones para entender que no se vulnera el artículo 23.2 CE. (...) De hecho en este caso han sido las decisiones adoptadas por las propias instituciones forales, o, cuando menos, su tácita anuencia a la cobertura de los puestos de secretaría e intervención con personal en régimen de interinidad, (...) las que han proporcionado el fundamento y permitido la vigencia en el tiempo de una situación que ha de definirse, cuando menos, como inadecuada desde la perspectiva del derecho fundamental protegido por el artículo 23.2 CE y de la que cabe también dudar de su carácter transitorio. En efecto, han transcurrido más de catorce años desde la aprobación de la Ley Foral 6/1990 hasta su modificación por la Ley Foral 11/2004". Por tanto, "el carácter excepcional de la situación (...) no le viene impuesto a las instituciones forales por circunstancias externas a su voluntad, como podrían ser las necesidades derivadas de la puesta en marcha de una Administración de nuevo cuño. (...) En tal sentido no resulta admisible que el carácter excepcional de la situación creada sea alegado por aquel que, con sus decisiones (...) ha contribuido a crearla".

2) Procesos realizables sólo por una vez

En la citada STC 27/1991 se dejó bien claro "el carácter excepcional de dicho sistema de acceso que, por una sola vez, ha de coexistir con el común de la convocatoria libre (procedimiento que, en lo sucesivo, habrá de utilizar la Administración Autónoma a fin de permitir el libre acceso de quienes no mantienen con ella relación alguna)".

Es por ello que, en los casos en que el citado Tribunal observa repetición de procesos selectivos, inadmite entonces el proceso restringido. Así, puede citarse la STC 16/1998, que, al igual que en la sentencia 27/1991, trata de un proceso restringido que pretendía resolver la situación creada por el nacimiento de una Administración autonómica (la de Cantabria).

Sin embargo, el Tribunal Constitucional también ve necesario “determinar si la convocatoria de este tipo de pruebas de carácter restringido es también una respuesta excepcional a la situación excepcional de la que trae causa”, ya que sólo cabe aceptar este sistema de acceso “por una sola vez”. Y ocurre que la citada Administración ya había intentado resolver este problema con anterioridad, habiendo convocado ya en varias ocasiones pruebas selectivas restringidas, por lo que el Tribunal Constitucional consideró esta vez que las pruebas restringidas convocadas ya no podían considerarse como “un medio excepcional”, por lo que se había vulnerado el derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

3) Procesos establecidos por una ley, que además tenga el carácter de legislación básica

La excepcionalidad de estos procesos restringidos motiva, a juicio del Tribunal Constitucional, que deban ser establecidos por ley. Dicha ley, además, deberá ser una ley estatal, pues las excepciones al sistema general de acceso a la Función Pública constituyen legislación básica. Baste citar en este sentido la STC 31/2006, que se remite a las sentencias 174/1998⁶⁴³, 151/1992, y 302/1993, en las que se afirma que el artículo 19.1 de la Ley 30/1984⁶⁴⁴ establece con carácter básico el principio de que las convocatorias tienen que ser por regla general abiertas o libres, así como “las excepciones al sistema de acceso a la función pública merecen la calificación de legislación básica, por lo que su regulación corresponde, obviamente, al Estado central”. Por tanto, las Comunidades Autónomas sólo tienen competencia para convocar pruebas de carácter restringido si, al legislar, se atienen a los requisitos que establezca la legislación básica.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional ha señalado que el establecimiento de pruebas específicas para el personal contratado o interino de las Comunidades Autónomas “no constituye ni directa ni indirectamente una reserva *ad personam* de funciones públicas para determinadas personas individualmente determinadas, puesto que los preceptos legales hacen referencia innominada a un colectivo definido, en virtud de datos objetivos, de una manera general y abstracta. (...) no puede entenderse como una determinación legal de personas concretas e individualmente seleccionadas, proscrita por el artículo 23.2 C.E”.

⁶⁴³ La STC 174/1998 recuerda muy claramente que dicha Disposición Transitoria Sexta, apartado 4º, de la Ley 30/1984, establece dos requisitos: uno de carácter personal, que las pruebas se dirijan a los que tengan la condición de contratados administrativos; y otro de carácter temporal, que hubieran sido contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984.

⁶⁴⁴ Actualmente el EBEP.

Como más adelante expondremos, esta argumentación no es del todo exacta, pues un proceso diseñado para un determinado colectivo no puede calificarse más que como proceso “a medida”, dando igual que sea a medida de una persona o de dos mil. El verdadero argumento que ha justificado estas pruebas selectivas restringidas, según ha expuesto el propio Tribunal Constitucional, es la excepcionalidad del nacimiento del Estado autonómico. Por tanto, la realidad jurídica es que hay un proceso *ad personam*, en este caso, “ad colectivo”, pero que se admite por la jurisprudencia constitucional en base a su causa y finalidad. Lo que parece intentar asegurar dicha jurisprudencia es que, aún favoreciéndose al colectivo de empleados precarios, no se produzca una adjudicación directa de plazas al mismo.

Así, la admisibilidad de los procesos restringidos no exime de la tramitación del proceso selectivo, aunque sea restringido a un determinado colectivo. Esta circunstancia ha sido destacada por PALOMAR OLMEDA⁶⁴⁵ con ocasión de la STC 38/2004, que analizó el caso de las pruebas restringidas previstas por la Ley asturiana 4/1996, y que preveía que el personal laboral fijo que ocupaba puestos de trabajo del personal funcionario de la Administración del Principado de Asturias, o que en el futuro pudiera ser incluido en las mismas, podría participar, con carácter excepcional, en unas pruebas selectivas cuyo contenido era únicamente superar uno o dos cursos de formación.

El argumento utilizado por la sentencia para declarar nula esta previsión legal es que vulneraba la normativa básica del Estado, concretamente el artículo 19.1 y la Disposición Transitoria Sexta.4 de la Ley 30/1984. En efecto, el artículo 19.1 proscribía las pruebas restringidas, con la excepción, para las Comunidades Autónomas, de la Disposición Transitoria Sexta.4, que se refería a “*contratados administrativos en expectativa de acceso a su respectiva función pública*”, a diferencia de la ley asturiana impugnada, que se refería a laborales, así como dicha ley ampliaba el límite temporal de la citada Disposición Transitoria (15 de marzo de 1984).

Sin embargo, como indica PALOMAR OLMEDA, hay otro argumento de inconstitucionalidad sobre el que la sentencia no se pronunció, consistente en que el contenido del proceso de selección también vulneraba la legislación básica, ya que consistía solamente en la superación de uno o dos cursos de formación, lo cual contravenía el artículo 19.1 de la Ley 30/1984, de modo que realmente no había un verdadero proceso selectivo ni pruebas reales. Como indica el citado autor, el proceso selectivo quedaba convertido en una especie de proceso de convalidación incompatible con los principios de mérito y capacidad.

⁶⁴⁵ PALOMAR OLMEDA, A., “De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público”, AJA, nº. 624 (Comentario), 2004.

8.2.2.- Los procesos selectivos restringidos en sentido amplio: abiertos con valoración de servicios prestados

El Tribunal Constitucional viene señalando que la conexión entre el acceso en condiciones de igualdad y los principios de mérito y capacidad permite valorar en los procesos selectivos los servicios prestados a la Administración, como un criterio más para evaluar la “aptitud o capacidad” del aspirante (SSTC 67/1989 y 185/1994). Ahora bien, tal valoración no puede llegar a convertirse en un requisito que excluya la posibilidad de concurrencia de terceros, convirtiendo al proceso selectivo en un verdadero proceso restringido (salvo los casos excepcionales en que sean admisibles tales pruebas restringidas). Por tanto, la valoración de los servicios prestados ha de tener una dimensión cuantitativa que no rebase el “límite de lo tolerable” (SSTC 67/1989 y 185/1994). Al respecto, deben analizarse los siguientes aspectos:

- La finalidad de estos procesos selectivos

Aún cuando, con carácter general, es admisible valorar la experiencia profesional como un mérito más, en el caso de los procesos de consolidación de empleo temporal el Tribunal Constitucional se ha ocupado de localizar una justificación más allá del mero hecho de constituir un mérito, quizás debido a que tradicionalmente en nuestro sistema ha prevalecido el sistema de oposición como más ajustado a los principios de mérito y capacidad, o incluso debido a que reconoce tácitamente que los procesos de consolidación son procesos que merman el principio de igualdad: así, en la sentencia 185/1994 se refiere expresamente a la “desigualdad favorecedora del colectivo de los interinos”, y en la 11/1996 habla de “diferencia de trato”.

También en la STC 107/2003 se señala que “la finalidad de consolidar el empleo público temporal no puede considerarse a priori constitucionalmente ilegítima, ya que pretende conseguir estabilidad en el empleo para quienes llevan un período más o menos prolongado de tiempo desempeñando satisfactoriamente las tareas encomendadas, ni por tanto lo será tampoco la previsión de valorar en la fase de concurso los servicios prestados como experiencia previa del personal afectado. La valoración como mérito de la antigüedad o experiencia previa, no puede estimarse pues, como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable con relación a esa finalidad de consolidación de empleo temporal y, aunque efectivamente establece una desigualdad, ésta viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la función pública”.

Por tanto, valorar los servicios prestados como un mérito en el seno de un concurso-oposición no es inconstitucional. El problema es valorarlos de manera desproporcionada, de modo que sea determinante de la superación del proceso selectivo, imposibilitando superarlo a quienes no tienen ese mérito. En tal caso, si se trata de procesos de consolidación de empleo público temporal, el Tribunal

Constitucional reconoce que hay desigualdad, pero la admite con base en la finalidad de consolidar el empleo precario. Además, impone un tope, que es no convertir al proceso en una prueba verdaderamente restringida y excluyente.

- No son procesos diseñados *ad personam*

El Tribunal Constitucional viene señalando que los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal no son procesos diseñados *ad personam*, lo cual estaría prohibido por la Constitución. Así, en la STC 185/1994 se analiza la convocatoria de un proceso selectivo de acceso a la Función Pública docente de una Comunidad Autónoma, basada en el régimen transitorio de la LOGSE. Los recurrentes consideraban desproporcionada la valoración de los servicios previos porque un opositor que hubiese sido profesor interino contaba con una ventaja inicial cercana al 60 por ciento de la puntuación total posible.

El Tribunal Constitucional concluye en este caso que el trato de favor concedido a los interinos tiene carácter excepcional y una finalidad constitucionalmente legítima, consistente en normalizar la situación del personal al servicio de las Administraciones educativas, por lo que tiene una justificación objetiva y razonable, siendo adecuado a los fines perseguidos por el legislador. Además, dicha sentencia analiza que el número de convocatorias previsto no sea desproporcionado y de esta manera pudiera lesionar la igualdad de los aspirantes.

En el caso de autos, este sistema de selección operaba en las tres primeras convocatorias de plazas que se produjeran tras la entrada en vigor de la LOGSE, por lo que el alto Tribunal considera que no es desproporcionado, porque se ajusta a los objetivos de la LOGSE, que pretendía una reforma profunda del sistema educativo, de manera progresiva y escalonada. Por tanto, queda justificado valorar los servicios previos de forma relevante en el proceso selectivo.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, consciente de que según su propia doctrina quedan proscritos los procesos *ad personam*, ha insistido en destacar que en los procesos selectivos con valoración de servicios prestados no hay tal referencia *ad personam*. Así, la STC 67/1989 señala que “todo mérito crea la posibilidad de que se conozca a priori el conjunto de quienes lo ostentan (un riesgo que es mayor cuando se trata de este mérito concreto), pero ello no autoriza a pensar que la toma en consideración de ese mérito se haya hecho para favorecer a personas concretas. Ello sólo sucederá si el mérito en cuestión no tiene una fundamentación objetiva, lo que no es aquí el caso. Según el Letrado de la Junta de Extremadura la convocatoria ha tratado de aplicar un beneficio que reconoce a un grupo genérico de personas (contratados e interinos). (...)

No puede compartirse el argumento de que la valoración como mérito de la antigüedad constituya en el presente caso una referencia individualizada y concreta. La valoración de los méritos de los funcionarios en situación precaria, exigida por la Ley de la Función Pública de Extremadura, no constituye una referencia individualizada, singular, específica y concreta. Como afirma la STC 148/1986, de 25 de noviembre, lo que resultaría contrario al derecho reconocido en

el artículo 23.2 de la Constitución es «cualquier reserva, explícita o encubierta, de funciones públicas *ad personam*» o la adscripción personal «a personas individualmente seleccionadas», pero no la identificación «de modo abstracto y en virtud del hecho objetivo de hallarse ocupando... determinadas plazas».

Esta argumentación no es acertada, porque cuando en unas bases reguladoras se valoran méritos, está claro que, de partida, ello no implica un procedimiento diseñado *ad personam*, puesto que hay méritos que tiene sentido en abstracto valorar, tales como experiencia profesional, títulos académicos, etc. Ahora bien, si la valoración de alguno de estos méritos es desproporcionada, entonces sí que se tratará de una referencia *ad personam*, puesto que el único sentido atribuible a esta desproporción es favorecer a determinadas personas. Dará igual que se favorezca a una o a doscientas.

En todo caso, habrá una desigualdad en atención a una determinada condición: ser interino, por ejemplo. Otra cosa es que, además, y como indica el Tribunal Constitucional, exista designación *ad personam* cuando la toma en consideración del mérito no tiene fundamentación objetiva. Este es el caso de convocatorias en las que se exige un determinado master, por ejemplo, en detrimento de otros masters que atribuyen igual mérito académico, o se exigen títulos que no tienen relación con los puestos de trabajo a desempeñar, pero que los tiene uno de los candidatos.

- Estos procesos no tienen carácter restringido

Por otro lado, el Tribunal Constitucional viene señalando (en sentencias como las SSTC 67/1989, 185/1994 y 126/2008) que los procesos en los que no se restringe formalmente el derecho de ningún ciudadano a participar, sino que se incluyen los servicios prestados en la baremación de méritos, no constituyen pruebas restringidas, ya que se permite participar a toda la ciudadanía. Ahora bien, materialmente o *de facto*⁶⁴⁶ podría tratarse de pruebas restringidas si la valoración de un determinado mérito de un concreto colectivo es tan desproporcionada que *de facto* impide superar el proceso selectivo a cualquier otro participante. De hecho, la propia STC 107/2003 se preocupa de indicar que de 1077 plazas convocadas 136 se cubrieron por opositores sin puntos por servicios prestados (un 12'6 %).⁶⁴⁷

Algunos órganos judiciales ya vienen refiriéndose a los procedimientos formalmente abiertos pero materialmente restringidos, pudiendo citarse la sentencia del TSJ de Andalucía de 20 de febrero de 2003, que indica que “materialmente, por la valoración efectuada en el baremo de los méritos y por la finalidad confesada del proceso selectivo, consolidación de empleo temporal, nos

⁶⁴⁶ Pruebas restringidas de facto las denomina FONDEVILA ANTOLÍN. (Ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales Reguladores del acceso al empleo público”, *JA*, Lex Nova, nº. 40, 2008, pg. 56).

⁶⁴⁷ Sin embargo, un 12,6 % no parece un porcentaje muy relevante.

encontramos ante unas pruebas restringidas, pues, como hemos señalado, hacen prácticamente imposible el acceso a la función pública a personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía, y favorecen sin causa objetiva a los interinos”.

Consciente del problema, el Tribunal Constitucional habla de la existencia de una valoración global, debiendo analizarse el quantum que se ha atribuido a cada mérito dentro del proceso selectivo total, para determinar si la desigualdad favorecedora del colectivo de los interinos ha sido razonable y proporcionada. Y a este respecto el Tribunal Constitucional viene señalando que la valoración de los servicios previos no puede tener una dimensión cuantitativa que rebase el “límite de lo tolerable” (SSTC 67/1989 y 185/1994).

La cuestión es determinar dónde se sitúa el límite de lo tolerable. Según la STC 185/1994, “el máximo de seis puntos que las Comisiones pueden otorgar a los profesores interinos por la previa experiencia docente representa el 31,57 % del total de puntos que pueden obtenerse en los tres cómputos que integran el procedimiento de selección. Pero el último cómputo no es incondicional; pues la valoración alcanzada respecto a los conocimientos curriculares y a los méritos académicos constituye un límite para que pueda operar la diferencia de trato que se denuncia; y la incidencia que representa el máximo de seis puntos por servicios prestados en la enseñanza pública puede considerarse que se sitúa dentro del «límite de lo tolerable»” Las STC 83/2000 y 11/1996 también aceptan como proporcionado ese 31,57%.

También la STC 107/2003 entendió que la valoración de los servicios previos no era desproporcionada ni rebasaba el límite de lo tolerable en un proceso selectivo en que la máxima puntuación que podía alcanzarse por servicios previos suponía un 27,58 % de la puntuación máxima que podría obtenerse en total en el proceso selectivo. Por su parte, la STC 67/1989, dio por buena la valoración de los servicios prestados en la Administración hasta en un 45% de la puntuación alcanzable.

Debe destacarse que ya no sólo se trata de valorar servicios prestados, sino que hay procesos en los que se atribuye mayor puntuación a los servicios prestados en la Administración convocante, supuesto admitido por la STC 12/1999⁶⁴⁸. Esta sentencia analizó la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León, que preveía un concurso (ni siquiera era un concurso-oposición) para acceder a las Escalas y Cuerpos sanitarios mediante una única convocatoria, en cuyo baremo de méritos se puntuaba más la experiencia en la propia Comunidad Autónoma que en otras Administraciones.

⁶⁴⁸ Aunque, en sentido contrario, la STC 281/1993 señaló que no cabía “diferenciar a los concursantes en función de la Administración en la que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma con independencia del ente público en el que la hubieran adquirido”.

En este caso, el Tribunal indica que esta desigualdad de trato obedece a una finalidad excepcional constitucionalmente admisible (absorber al personal procedente de la puesta en marcha de la Administración autonómica) y recuerda que habría sido posible convocar directamente un proceso restringido para el personal interino, con lo que concluye que “la excepcionalidad de la solución adoptada es, por tanto, menor que en aquellos supuestos en los que sencillamente se excluye del proceso selectivo a quienes no tengan una previa relación de servicio con la Administración convocante”.

Ahora bien, parece que esta diferencia de valoración de los servicios según el Ente en el que han sido prestados, sólo es posible en aquellos casos en que se pueda tramitar un proceso restringido en sentido estricto por darse los requisitos exigidos por la doctrina constitucional (circunstancia excepcional, una sola vez y norma con rango de ley). Por tanto, si no concurren esos requisitos, entonces no debería ser posible efectuar esta distinta valoración.

Incluso en ocasiones el Tribunal Constitucional ha admitido que se valore como mérito único los servicios prestados. Así, la STC 67/1989 admite un supuesto en que los servicios prestados por interinos y contratados eran el único mérito valorable, entendiendo que “desde la perspectiva de la igualdad, la valoración constitucional de esta regla ha de ponerse en relación con la finalidad que persigue la norma diferenciadora y la proporcionalidad entre esa finalidad y el medio diferenciador utilizado”. En este caso, la finalidad de la norma se refería a la necesidad de dotar de personal propio por primera vez a la Administración Autonómica que acababa de crearse, fenómeno que había dado lugar a la existencia de una masa de funcionarios interinos.

En este contexto, el Tribunal Constitucional entiende que “considerar como único mérito la antigüedad no puede estimarse como una medida desproporcionada, arbitraria o irrazonable en relación a esa finalidad, y aunque efectivamente establece una desigualdad, está viene impuesta en atención a un interés público legítimo y no responde al propósito de excluir a nadie de la posibilidad efectiva de acceso a la Función Pública extremeña”. Aunque añade que “problema distinto es el de si la ponderación de ese único mérito valorable ha sido tan desproporcionada e irracional que ha podido desconocer el derecho de igualdad”. Por tanto, y como indica GARCÍA-TREVIJANO GARNICA⁶⁴⁹, la posibilidad jurídica de establecer un único mérito baremable depende, según la doctrina constitucional, de la proporcionalidad y razonabilidad de esta medida, atendidos los fines con ella perseguidos y la relevancia de la puntuación de este mérito en el proceso selectivo global.

Debe destacarse que, aunque no se indica claramente en la citada sentencia 67/1989, lo cierto es que en las pruebas selectivas impugnadas lo que se valoraba eran únicamente los servicios prestados en la Administración

⁶⁴⁹ GARCÍA-TREVIJANO GARNICA., E., “Consideraciones...”, op.cit., pg. 254.

convocante, ya que las bases reguladoras exigían servicios prestados en virtud de “relación de servicios con la Junta de Extremadura”, que debía mantenerse hasta la celebración de las pruebas. De hecho, la STC 107/2003 admitió también unas pruebas abiertas de consolidación de empleo temporal en las que en la fase de concurso solamente se valoraban los “servicios efectivos prestados en el ámbito de la Administración de la Seguridad Social como personal laboral temporal o funcionario interino”.

Por otro lado, la citada sentencia 67/1989⁶⁵⁰ indica que la “valoración del mérito del tiempo de servicios, aunque esté en el límite de lo tolerable, no excluye por entero de la competición a quienes carecen de él, pese a que les imponga, a los opositores «por libre», para situarse a igual nivel de puntuación que los actuales funcionarios, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo que impida el acceso a la Función Pública extremeña de quienes no prestaron servicios anteriormente en la Administración Autonómica, como se ha demostrado además a través de los ejercicios ya realizados”.

Este razonamiento resulta de gran interés, porque nos permite determinar si la valoración de un determinado mérito escapa de lo razonable. También la STC 107/2003 indica que “la puntuación otorgada a quienes poseían servicios previos computables, aunque es cierto que otorgaba una sustancial ventaja a estos aspirantes, no excluía de la competición a quienes carecían de dicho mérito, pese a que imponía a estos opositores «por libre», para situarse a igual nivel de puntuación que los opositores interinos, un nivel de conocimientos superior, pero sin que ello signifique el establecimiento de un obstáculo insalvable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración.

Una práctica que ha sido rechazada por el Tribunal Constitucional, por contraria a los principios de mérito y capacidad, es el denominado “sistema mochila”. en el que las bases de la convocatoria permiten que los puntos obtenidos en la fase de concurso se apliquen a la puntuación obtenida en la fase de oposición para poder superar ésta (el denominado “sistema mochila”).

Al respecto, la STC 67/1989⁶⁵¹ concluyó que esta nueva regla, en conexión con las demás, favorecía desproporcionadamente a unos opositores frente a otros, porque suponía que los aspirantes «de fuera» (no interinos) tenían “reducida al mínimo su posibilidad de acceso a la Función Pública, exigiéndoles un nivel de conocimientos elevado, mientras que los opositores, que ya prestan servicio en la Administración Autonómica, pueden aprobar los correspondientes ejercicios con notas muy inferiores y que no garantizan la suficiencia de sus conocimientos”. La raíz de la desproporción radicaba en que, gracias al sistema mochila, se exigía a

⁶⁵⁰ También en otras, como la 11/1996.

⁶⁵¹ En la misma línea se sitúa la STC 93/1995.

los aspirantes con dicha experiencia un mínimo de conocimientos muy inferior (bastaba con 2,5 puntos sobre 10 en la fase de oposición).

A modo de resumen, podemos citar la STC 185/1994, que expone con claridad qué exige el Tribunal Constitucional para admitir los procesos selectivos abiertos con valoración relevante de servicios prestados:

- Que la diferencia de trato obedezca a circunstancias que no pueden reputarse como arbitrarias o irrazonables, en atención a la finalidad que inspira el procedimiento de selección, de carácter excepcional y como tal restringido en el tiempo. A este respecto, la sentencia 107/2003 admite como fin generalmente aceptable la consolidación del empleo temporal sin más justificación.

- Que la preferencia en favor del personal temporal, considerada en su incidencia sobre el total de la puntuación que puede alcanzarse, no rebase el "límite de lo tolerable", que en ocasiones ha cifrado en el 45% de la puntuación total en el proceso selectivo.

- Que tal preferencia sólo opere, dentro de la "valoración ponderada y global" establecida por la norma reguladora del proceso, cuando se ha superado una determinada puntuación en atención a los conocimientos y méritos académicos, sin que pueda agregarse parcialmente al cómputo de aquéllos. La STC 11/1996 se refiere a que la valoración de servicios prestados se produzca "dentro de la valoración ponderada y global que establece dicha norma, cuando se ha superado una determinada puntuación en atención a los conocimientos y méritos académicos". Parece, pues, que el concurso-oposición respeta, en mayor grado los principios constitucionales que el concurso, pues parece que el Tribunal Constitucional parte de que siempre haya una prueba de conocimientos o fase de oposición.

8.2.3.- Conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional

Como se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha justificado los procesos restringidos en la construcción del Estado autonómico. Sin embargo, la doctrina no es unánime a la hora de aceptar que la construcción del Estado autonómico pueda justificar la tramitación de plurales procesos de consolidación de empleo temporal. Así, RIVERO ORTEGA⁶⁵² considera que la invocación al principio de eficacia de la Administración y a la complejidad del proceso de consolidación de las Administraciones autonómicas son motivos insuficientes para justificar "el sacrificio de un derecho fundamental" como el de acceso al empleo público en condiciones de igualdad. En esta misma línea indica ILDEFONSO HUERTAS⁶⁵³ que el Tribunal

⁶⁵² RIVERO ORTEGA., R., "Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)", *RAP*, nº. 151, 2000, pg. 348.

⁶⁵³ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 246.

Constitucional “no ha razonado de forma suficiente el porqué un principio de naturaleza ordinaria, en el sentido de ser inspirador de la organización administrativa, como es el principio de eficacia, puede gozar del privilegio de ser preferente a otro principio que constituye además para los ciudadanos un derecho fundamental”.

Por otro lado, se aprecia cierta contradicción dentro de la fundamentación que el Tribunal Constitucional da a los procesos con valoración relevante de servicios previos. En efecto, el Tribunal admite en general la valoración de los servicios prestados como un mérito más, y analiza el límite que ha de tener esta valoración para no entrañar un auténtico proceso restringido. Además, en sentencias como la STC 107/2003, reconoce expresamente que la simple finalidad de consolidar el empleo temporal legitima la valoración de los servicios prestados, sin entrar a analizar qué causas generaron dicho empleo temporal.

Sin embargo, en muchos de los casos analizados, utiliza la argumentación de que concurren causas extraordinarias y excepcionales que habilitan a la celebración de estos procesos, cuando en realidad este análisis de causa se ha realizado con ocasión de los procesos restringidos en sentido estricto. Fue, como hemos visto, la STC 27/1991, la que, para procedimientos restringidos en sentido estricto, sentó que debía existir una finalidad constitucional excepcional habilitante, cual era la construcción del Estado de las Autonomías. Pero en sentencias como la 185/1994 y la 12/1999, vuelve a acudir al razonamiento de la causa excepcional habilitante de los procesos restringidos, cuando en realidad se trataba de procesos abiertos de consolidación o funcionarización. Por tanto, si ha de acudir a la búsqueda de una justificación excepcional, será porque tales procesos abiertos (restringidos en sentido amplio), en realidad, aunque sean formalmente abiertos, entrañan un verdadero atentado a los principios de mérito y capacidad, y precisamente por su apariencia meramente formal, necesitan de una justificación de fines similar a la del proceso restringido en sentido estricto.

La argumentación llega a ser realmente confusa en algunos supuestos: así, la STC 185/1994 se refiere al proceso de transformación del sistema educativo, como circunstancia excepcional y justificante, aunque la propia sentencia también alude a que el legislador “no quiso soslayar el problema de la interinidad (...) que tuvo su origen en el incremento de centros escolares en las últimas décadas”, de modo que al final el verdadero argumento es la consolidación del empleo temporal.

Por su parte, la STC 12/1999 aplica todos y cada uno de los requisitos que el Tribunal Constitucional viene exigiendo para los procesos restringidos en sentido estricto a un proceso de consolidación en el que no se excluía la participación en el proceso selectivo de quienes no eran interinos, indicando que “el trato de favor dispensado a los interinos, si bien genera importantes diferencias, éstas no son desproporcionadas, teniendo en cuenta que lo pretendido es, precisamente, primar los servicios prestados en la Administración autonómica habida cuenta de la necesidad de resolver la situación excepcional generada por la creación de una

Administración sanitaria propia. (...) La convocatoria impugnada satisface, por tanto, el segundo de los requisitos establecidos por nuestra jurisprudencia: que se acuda a este tipo de procedimientos por una sola vez. Finalmente, se cumple también con la tercera de las condiciones expuestas, pues el procedimiento en cuestión aparece previsto y regulado en una norma con rango de ley”.

Y es que, como indica FONDEVILA ANTOLÍN⁶⁵⁴, los procesos de consolidación de empleo público temporal han adoptado dos formas, concurso-oposición libre y proceso restringido, que han sido ambas consideradas excepcionales por el Tribunal Constitucional, con independencia de la mayor o menor concurrencia formal de ciudadanos, pues la clave estaba en la valoración “especialmente significativa” de la experiencia en puestos de trabajo en la Administración y la antigüedad en la misma. Por tanto, aunque en el procedimiento abierto pueden concurrir formalmente los ciudadanos, en realidad se vulnera la igualdad porque los servicios prestados se sobrevaloran, y por ello se acaba haciendo necesario justificar esa sobrevaloración en las mismas causas excepcionales que a juicio del Tribunal Constitucional habilitaron los procesos restringidos en sentido estricto o cerrados.

Por otro lado, hemos visto que el Tribunal Constitucional admite la valoración de servicios prestados con el “límite de lo tolerable”. En relación con dicho límite, resulta de interés el Voto particular del Magistrado don José Gabaldón López respecto a la STC 185/1994, la cual admitió la valoración de los servicios previos hasta el 31,57% de la puntuación total. Concluye el citado Magistrado que la puntuación atribuida a los interinos en el caso analizado era “determinante en definitiva de la adjudicación de plazas según la puntuación final”, de manera que la puntuación de la interinidad colocaba a los interinos “en situación preferente por la suma total de la puntuación y por lo tanto con muchas más posibilidades de obtener plaza en la valoración final”.

Un claro ejemplo de sobrevaloración de los servicios prestados fue el resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la sentencia de 8 de febrero de 2001, donde indicó que “se otorga escasa importancia a las titulaciones académicas y a la superación de ejercicios de pruebas selectivas, que sólo representan el 5% del total de la puntuación, de modo que a pesar de obtener el máximo por ambos méritos y por el trabajo-memoria, se obtendría una puntuación máxima que no llegaría siquiera a alcanzar a la puntuación que por la experiencia puede obtener un funcionario interino de la Junta de Andalucía, haciendo de este modo prácticamente imposible el acceso a la función pública, si previamente no se ha desempeñado servicios como funcionario interino, siendo el baremo igualmente discriminatorio y contrario al citado artículo 23.2 en relación con el artículo 103.3 de la Norma Fundamental”.

⁶⁵⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria...”, op.cit. pgs. 56 y 57.

También puede citarse el caso admitido por la STC 12/1999⁶⁵⁵, consistente en un concurso en el que había una fase en que se valoraba, hasta un máximo del 25% de la puntuación global, una Memoria, y en el baremo de méritos se puntuaba más la experiencia en la propia Comunidad Autónoma que en otras Administraciones (que podía alcanzar un 40% en el primer caso, frente al 15% del segundo caso). Aunque no se exigía haber prestado servicios previos para participar en el proceso selectivo, éste puede considerarse como un verdadero proceso restringido y cerrado *de facto*, a la vista de los criterios que lo presidía, pues, como indica SÁNCHEZ MORÓN⁶⁵⁶, es prácticamente imposible imaginar que otros profesionales pudieran acceder a estas plazas.

Adicionalmente se plantea la cuestión de que la norma que regula el proceso restringido (ya sea explícitamente o *de facto*) exija mérito y capacidad a los participantes, ya que lo que sí reconoce claramente el Tribunal Constitucional es que la atribución directa de plazas es inadmisibile constitucionalmente. Y, lógicamente, el mérito no puede consistir simplemente en tener servicios previos, porque entonces se entrega directamente la plaza. Esto implica que no puede admitirse el concurso como sistema selectivo. En esta línea, al menos la Disposición Transitoria 4ª del EBEP parece exigir el concurso-oposición.

Por otro lado, debe destacarse que la jurisprudencia constitucional no ha entrado a analizar el modo en que se ha accedido a los empleos temporales que luego han sido tomados en consideración en los procesos de consolidación. Tal y como se señala en el voto particular a la STC 185/1994, en los procesos de consolidación de empleo temporal, en muchos casos se está valorando una interinidad que en muchos casos no ha sido obtenida con respeto a los principios de mérito y capacidad. Así, no puede merecer la misma valoración una interinidad obtenida con criterios objetivos, que una interinidad obtenida sin criba ninguna entre los posibles aspirantes a desempeñarla. A este problema alude el citado voto particular de la STC 185/1994, cuando se refiere a “quienes disfrutaron de un nombramiento discrecional”.⁶⁵⁷ Debemos recordar que el propio EBEP en su artículo 12 prohíbe valorar como mérito el desempeño de puestos eventuales precisamente porque son de libre nombramiento.

A este respecto, la vigente Disposición Transitoria 4ª EBEP no toma en cuenta cómo se produjo el acceso a los empleos temporales cuyo desempeño va a ser valorado como mérito de una forma muy relevante, de modo que se favorece a personas que no accedieron al empleo temporal mediante libre concurrencia y

⁶⁵⁵ Relativa a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León.

⁶⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Igualdad de oportunidades...”, *op.cit.*, pg. 123.

⁶⁵⁷ Así, indica el citado voto particular que “esa generosa valoración se atribuye a quienes disfrutaron de un nombramiento discrecional que, por sí mismo, ya les atribuía un puesto de trabajo (si bien eventual) y su condigna retribución, de suerte que la valoración favorable de unos servicios en la convocatoria se convierte así en una doble ventaja sobre los aspirantes libres que no disfrutaron de nombramiento discrecional alguno”.

competencia con base en méritos y capacidad. El no efectuar esta distinción resulta inconstitucional, sin duda alguna.

En relación con esta situación, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER⁶⁵⁸ alude al fenómeno de “sistema botín para ingresar, para convalidación ulterior por medio de concursos preparados”, indicando que en las Comunidades Autónomas se ha generalizado un proceso de incorporación provisional o interina de personas al empleo público, al margen de los procedimientos rigurosos de selección de funcionarios, con el añadido de que “se manipulan los mecanismos para formalizar modalidades de incorporación definitiva a la función pública”, de modo que del sistema de *spoil system* se toma sólo una parte, la que se refiere a la entrada (libre designación por el partido político en el poder), pero se elimina la segunda parte consustancial a dicho sistema de *spoil system*: el cese libre por decisión del nuevo partido político gobernante.

8.3.- La normativa estatal sobre procesos de consolidación de empleo público precario

Como se ha indicado, los procesos de consolidación de empleo público temporal se ubican dentro de los procesos restringidos, tanto en sentido estricto como en sentido amplio, según que se excluya o no la participación de ciudadanos que reúnan la condición de estar vinculados a la Administración Pública por vínculo de servicios precario. En todo caso, debe indicarse que se han dictado disposiciones legales que regulaban expresamente tales procesos de consolidación, mientras que en otros casos, la consolidación se ha realizado por medio de procedimientos a los que no se daba este nombre, pero que, aún siendo abiertos, incluían una sobrevaloración de servicios prestados. En el presente apartado se analiza la normativa que de modo expreso se ha referido a los procesos de consolidación de empleo precario.

La normativa sobre procesos de consolidación de empleo público precario no tiene carácter sistemático ni permanente, ya que se compone de distintas previsiones (estatales y autonómicas) que han ido surgiendo para dar respuesta a las grandes bolsas de empleo que se iban generando en función del devenir de los hechos de forma caótica. En definitiva, no ha existido un cuerpo de reglas legales claras y suficientemente detalladas sobre las características que deben reunir los procesos de consolidación, de manera que en prácticamente todos ellos se plantea una enorme litigiosidad, ya que las Administraciones Públicas los diseñan de manera desproporcionada a favor de los empleados temporales y en detrimento excesivo del resto de la ciudadanía, y son los órganos judiciales, incluso el Tribunal Constitucional, los que han de determinar finalmente si el proceso

⁶⁵⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Méritos o botín...*, op.cit., pgs. 38 y 39.

selectivo concreto ha respetado o no las exigencias mínimas de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.

Debe hacerse referencia en primer lugar al Real Decreto-ley 22/1977, de 20 de marzo, que inició el fenómeno de consolidación del empleo temporal, estableciendo en su Disposición Adicional Segunda que *“en todos los concursos o pruebas que se convoquen para cubrir plazas de funcionarios de carrera de la Administración del Estado y demás a que se hace referencia en el artículo primero de la presente Ley deberá reservarse un cupo de hasta un veinticinco por ciento de las plazas a cubrir para el personal eventual, interino o contratado que se encuentre desempeñando plazas de igual categoría a las objeto del concurso. En la adjudicación de las plazas asignadas a este cupo se tendrá especialmente en cuenta la circunstancia de que el concursante ingresado hubiere desempeñado ya con anterioridad la misma plaza convocada y en la misma localidad en que corresponda prestar el servicio”*.

Dicho Real Decreto-ley estableció también en su Disposición Adicional Quinta que *“en las convocatorias para ingreso en los Cuerpos y Escalas de la Administración Civil del Estado podrán anunciarse todas las vacantes existentes, así como un número equivalente a las que previsiblemente puedan producirse durante un año como máximo a partir de la fecha de la convocatoria”*. Y añadía que durante un plazo máximo de cinco años, en estas convocatorias *“podrá reservarse un porcentaje determinado de las vacantes existentes para su provisión entre funcionarios interinos y personal contratado de colaboración temporal que presten sus servicios a la entrada en rigor del presente Real-Decreto-ley y continúen prestándolos al publicarse la correspondiente convocatoria”*.

El punto de partida de los procesos de consolidación de empleo precario tras la Constitución Española fue la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 30/1984, cuya constitucionalidad fue admitida por la STC 37/1991, legitimando excepcionalmente la realización de pruebas restringidas al personal contratado administrativo e interino, que fue tomada como ejemplo por las leyes autonómicas (y debía serlo, por constituir legislación básica, a juicio del Tribunal Constitucional), y que establecía que:

“1. En el plazo de seis meses, a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, el Gobierno procederá a realizar la clasificación de las funciones desempeñadas hasta ese momento por el personal contratado administrativo por la Administración del Estado. La clasificación determinará los puestos a desempeñar, según los casos, por funcionarios públicos, por personal laboral y por personal en régimen laboral temporal. De la citada clasificación podrá deducirse la ampliación o disminución, en su caso, de las plantillas de funcionarios públicos o de personal laboral.

2. Todo el personal que haya prestado servicio como contratado administrativo de colaboración temporal o como funcionario de empleo interino podrá participar en las pruebas de acceso para cubrir las plazas de nueva

creación. En todo caso, estas convocatorias de acceso, deberán respetar los criterios de mérito y capacidad, mediante las pruebas selectivas que reglamentariamente se determinen, en las que se valorarán los servicios efectivos prestados por este personal.

3. Las Comunidades Autónomas aplicarán las anteriores normas al personal contratado administrativo de colaboración temporal dependiente de las mismas para acceso a las respectivas funciones públicas autónomas.

4. Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que, al amparo de lo establecido en disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, condición de contratados administrativos, en expectativa de acceso a su respectiva Función Pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984”.

En el ámbito local, las reglas de la Disposición Transitoria 6ª de la Ley 30/1984 se trasladaron a la Disposición Transitoria 8ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, desarrollada por el Real Decreto 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regula el acceso a la Función Pública local del personal contratado e interino de las Corporaciones Locales, y al cual también se remitió el Real Decreto 1174/1987, sobre el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Posteriormente, el artículo 39 de la Ley 50/1998 estableció que “la convocatoria de procesos selectivos para la sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal estructural y permanente se efectuará de acuerdo con los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y mediante los sistemas selectivos de oposición, concurso o concurso-oposición. En este último caso, en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de convocatoria”.

Al tratarse de una ley, parece que deroga la Ley 30/1984 en lo que sea distinto, sobre procesos selectivos de consolidación de empleo temporal. La Exposición de motivos indica que la finalidad es “dar rango legal en estos procesos selectivos (de sustitución de empleo interino o consolidación de empleo temporal) al sistema de concurso-oposición y de prever que en la fase de concurso podrán valorarse, entre otros méritos, la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”. PUERTA SEGUIDO⁶⁵⁹, en el 2003, ya vaticinaba que el carácter básico de este precepto aumentaría su repercusión en el seno de las Comunidades Autónomas, uno de cuyos grandes problemas venía siendo el empleo precario, de modo que tales procedimientos de consolidación de empleo

⁶⁵⁹ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 339.

público serían una “puerta trasera” con riesgo de convertirse en la puerta principal de acceso del personal precario.

Como indica RIVERO ORTEGA⁶⁶⁰, esta ley modifica el texto literal de la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, ya que ésta se refería a “servicios efectivos prestados”, mientras que aquella pasa a concretar más, refiriéndose a la “*experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria*”. A este respecto, GALÁN VIOQUE⁶⁶¹ parece entender que Ley 50/1998 sólo permitía valorar los servicios previos en la Administración convocante, pero lo justifica en que en este proceso, a diferencia del concurso, sí se exigía a los interinos superar unas pruebas de oposición, por lo que “van a competir realmente con el resto de los aspirantes para poder obtener una plaza en propiedad”. Pero esto solamente tiene sentido si se garantiza un determinado grado de exigencia en los exámenes de la fase de oposición.

Por otro lado, el citado artículo 39 de la Ley 50/1998 admitía la “*oposición, concurso o concurso-oposición*”, sin priorizar, lo que motivó que, por ejemplo, la Audiencia Nacional, en sentencia de 11 Junio de 2008, señalara que “hay que tener en cuenta que el artículo 39 de Ley 50/1998, ni siquiera exige que el proceso se efectúe por concurso-oposición, sino que también podría realizarse sólo por concurso”. Por tanto, el nivel de exigencias de dicha ley era mínimo.

Debe indicarse que las distintas Instituciones fueron analizando el problema de la consolidación del empleo público temporal, debiendo destacarse el Informe del año 2003 del Defensor del Pueblo sobre la temporalidad en el empleo público, que dio lugar a la remisión de Recomendaciones a las distintas Administraciones Públicas (Recomendaciones 139/2003 y siguientes) para reducir la masa de empleados públicos temporales. A tal efecto, se les recomendaba que valorasen los servicios prestados por este tipo de personal en las pruebas siguientes que se convocaran. Concretamente, para el Personal al servicio de la Administración de Justicia se recomendó que “en el procedimiento de ingreso en los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia mediante el sistema de oposición, se introduzcan, una vez abordadas las modificaciones legislativas necesarias, los cambios precisos para adoptar un sistema de concurso-oposición, de forma que se pueda valorar la experiencia previa, en los límites que permitan las leyes, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y siempre que el acceso al empleo interino se haya realizado con las exigencias de igualdad, mérito y capacidad”.

⁶⁶⁰ RIVERO ORTEGA, R., “Acceso a la función pública...”, op.cit., pg. 348.

⁶⁶¹ GALÁN VIOQUE, R., “Un nuevo episodio en la estabilización del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas: la suspensión judicial de los procesos selectivos de la Junta de Andalucía para consolidar su empleo temporal (comentario en torno al Auto de 13 de diciembre de 1999 de la sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del TSJ de Andalucía)”, RAAP, nº. 36, 1999, pg. 153.

Y para las Administraciones autonómicas se propuso que “con el fin de paliar los problemas producidos por los interinos de larga duración transferidos por el Estado a las comunidades autónomas, se podrían realizar periódicas y continuas Ofertas de las plazas vacantes que vengan ocupando, o llevar a cabo convocatorias de concurso-oposición con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en los que se valorasen los servicios prestados con las limitaciones exigidas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”.

En último lugar, debe citarse la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, que ha supuesto un importante espaldarazo a los procesos de consolidación de empleo temporal, y que ha sido fruto del acuerdo contenido en la Declaración para el Diálogo Social en las Administraciones Públicas, suscrita por el Gobierno y las organizaciones sindicales más representativas (UGT, CC OO y CSI-CSIF) el 21 de septiembre de 2004⁶⁶². Dicha Disposición Transitoria establece que:

“1. Las Administraciones Públicas podrán efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural correspondientes a sus distintos Cuerpos, Escalas o categorías, que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Los procesos selectivos garantizarán el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria. En la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Los procesos selectivos se desarrollarán conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 3 del artículo 61 del presente Estatuto“.

La citada Disposición se refiere a puestos ocupados provisionalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005, por lo que ni siquiera se remite a la situación originada por el nacimiento de las Comunidades Autónomas.⁶⁶³ Por tanto, esta

⁶⁶² En dicho Acuerdo las partes se comprometieron a alcanzar un compromiso sobre estabilidad en el empleo público estableciendo los procesos necesarios para lograr respetar un tope máximo de temporalidad, que, como indican SEMPERE NAVARRO Y ARETA MARTÍNEZ (SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009, pg. 1141), actualmente está en el 8%.

⁶⁶³ D'ANJOU ANDRÉS destaca la ampliación de plazo respecto de la Ley 50/1998, que permitía la consolidación para aquellos que ocuparan puestos interina o temporalmente antes de su entrada en vigor (1998). (D'ANJOU ANDRÉS, G., “El personal laboral al servicio de la Administración Local (breve análisis)”, en AA.VV., *Administración local: estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Dir. BALLESTEROS ARRIBAS, S., La Ley, Madrid, 2011, pg. 854).

Disposición del EBEP prevé la consolidación de bolsas de temporalidad generadas posteriormente al nacimiento de las Administraciones Autonómicas, generadas, por tanto, en fechas mucho más recientes. Así que parece que se trata de consolidar el empleo temporal, cualquiera que sea la causa por la que se ha generado, es decir, que dicha consolidación es una finalidad legítima en sí misma, que no requiere de más argumentaciones adicionales.

En esta ocasión se ha puesto como límite que el personal temporal provenga de antes de 1 de enero de 2005, lo cual da amparo a la consolidación privilegiada de masas de empleados temporales más recientes, cuya generación nada tiene que ver con los motivos excepcionales a que aludían las sentencias del Tribunal Constitucional. Y es que, como indica MAURI MAJÓS, esta fecha (1 de enero de 2005) no es casual, sino que coincide con la finalización del último proceso de consolidación temporal producido en la Administración General del Estado, sobre la base del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, que habilitó procesos de consolidación de empleo temporal estructural anterior al 2 de diciembre de 1998 durante su período de vigencia (hasta el 31 de diciembre de 2004).⁶⁶⁴

Este nuevo espaldarazo a este tipo de procesos ha sido puesto en duda por autores como FONDEVILA ANTOLÍN, que recuerda que, según la jurisprudencia constitucional, fue la creación de las nuevas Administraciones autonómicas tras la promulgación de la Constitución la circunstancia excepcional que habilitó el uso de los procesos de consolidación de empleo precario, así como la creación de nuevos Cuerpos o la reforma de un determinado sector, como la Educación. Sin embargo, se pregunta cuál es la situación excepcional que actualmente permite renovar los procesos de consolidación de empleo temporal, ya que, “tras más de veinte años” desde la entrada en vigor de la normativa sobre consolidación (DT6ª de la Ley 30/1984 y demás normativa concordante), “tras regularizar las situaciones excepcionales, las Administraciones estaban obligadas simplemente a cumplir, en el reclutamiento de su personal, las normas específicas sobre empleo público que han tenido carácter estable y constitucionalmente reconocido”.

Concluye el citado autor que “la única situación excepcional que se ha podido apreciar en este periodo estaría configurada por la existencia de un reclutamiento masivo de personal temporal (interino y laboral) sin cumplir las más mínimas exigencias legales, tanto en los procedimientos de selección como manteniendo estas situaciones de temporalidad, a pesar de las obligaciones legales de incorporar esas plazas ocupadas temporales a las correspondientes Ofertas de empleo anuales”.⁶⁶⁵

⁶⁶⁴ MAURI MAJÓS, J., “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, *QDL*, nº. 19, 2009.

⁶⁶⁵ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria...”, op.cit., pg. 55, y *La selección y pérdida de la condición de empleado público, especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Atelier, Barcelona, 2008, pg. 209. En este mismo sentido, indica RODRÍGUEZ-ARANA que, teniendo en cuenta la doctrina de la única vez o de la

Por otro lado, la citada Disposición Transitoria 4ª se remite a los apartados 1 y 3 del artículo 61 EBEP, que establecen que:

“1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto⁶⁶⁶ y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

3. Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”.

A juicio de SÁNCHEZ MORÓN⁶⁶⁷, esta remisión al citado artículo 61 implica:

- Que las pruebas deben ser abiertas. Y es que esta Disposición ni siquiera expresa qué circunstancias excepcionales (de las exigidas por la jurisprudencia constitucional) habilitan para tramitar pruebas restringidas, y habilita directamente a las Administraciones Públicas para tramitar este tipo de procesos, sin que sea precisa una ley para cada caso concreto. Por tanto, no podía tratarse de pruebas restringidas en sentido estricto.

- Que el sistema selectivo será el concurso-oposición⁶⁶⁸. De hecho dicha Disposición Transitoria, en su tenor literal se refiere a la “fase de concurso”, por lo que da a entender que existe otra fase, que ha de ser la de oposición.

Además, debemos de indicar que la citada Disposición también se recoge la jurisprudencia constitucional que exige no valorar desproporcionadamente los servicios prestados, al efectuarse la remisión al apartado 3 del artículo 61 EBEP.

No obstante, la Disposición Transitoria 4ª EBEP es confusa al establecer que *“podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”*. Parece que podría darse mayor puntuación a la experiencia en el

excepcionalidad “no es de recibo que todavía en estas fechas sigamos con procesos de funcionarización, con procesos restringidos para facilitar al acceso a la función pública a determinados colectivos”. (RODRÍGUEZ-ARANA, J., “El marco constitucional del acceso...”, op.cit., pg. 260 y ss.).

⁶⁶⁶ Resulta llamativo que la libre concurrencia no figure en el EBEP como principio rector, sino solamente como una característica de los procesos selectivos (en el artículo 61 EBEP). (LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público...”, op.cit., pg. 677).

⁶⁶⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., 2008, pg. 415.

⁶⁶⁸ En igual sentido, CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pg. 96.

puesto de trabajo ofertado que en otros puestos análogos pero que no sean los ofertados, lo cual, a juicio de SÁNCHEZ MORÓN⁶⁶⁹ puede suscitar dudas de inconstitucionalidad, ya que, de partida, no se ajusta a la jurisprudencia que ha declarado ilícito valorar más los servicios prestados en la Administración Pública convocante que en otras Administraciones (SSTS de 23 de diciembre de 1996 y 1 de junio de 2005 y STSJ Andalucía de 1 de junio de 2005). Así pues, la falta de justificación es mayor si se trata de aumentar la valoración no ya de los servicios en la Administración convocante, sino en un puesto concreto de trabajo. Pero lo cierto es que ya hemos comentado cómo diversas sentencias del Tribunal Constitucional (como las SSTC 12/1999, 67/1989 y 107/2003) admiten la valoración incluso exclusiva de los servicios prestados en la Administración convocante.

En todo caso, la situación con la Disposición Transitoria 4ª EBEP ha mejorado respecto de las leyes anteriormente existentes (especialmente la Ley 50/1998), y ha recogido las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pero ha supuesto también un espaldarazo al fenómeno repetitivo y cíclico de los procesos de consolidación de empleo temporal. Además, no contiene garantías exactas para que el nivel de conocimientos exigido en las pruebas de la fase de oposición sea razonable y no aparente, de manera que, al superarse fácilmente las pruebas de conocimientos, lo determinante acabará siendo la baremación de servicios prestados. Estas garantías, entre otras, pasan por la total imparcialidad de los órganos que diseñan y corrigen tales pruebas de conocimientos, imparcialidad que, como se indica en el presente trabajo, no queda asegurada, por lo que continúa abierta la posibilidad del fraude mediante las denominadas “pruebas descafeinadas”.

Además, la Disposición Transitoria 4ª EBEP establece que *“el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria”*. A este respecto, debe indicarse que una práctica utilizada para favorecer a los empleados temporales en los procesos selectivos es exigir en los exámenes conocimientos sobre programas informáticos cuyo conocimiento no trasciende al exterior, o sobre datos internos que tampoco hay forma de conocer si no se está trabajando en el seno del Ente convocante. La ley debe prohibir expresamente estas prácticas, aclarando que no procederá exigir conocimientos sobre datos, programas informáticos u otras informaciones que no estén al alcance del ciudadano, porque ello implicaría una situación desigual entre las personas que están trabajando en la Administración o Ente convocante y el resto de aspirantes externos a ella.

En definitiva, como indica JIMÉNEZ ASENSIO, los serios problemas de constitucionalidad de la Disposición Transitoria Cuarta EBEP se deben a que favorece a los empleados precarios al prever que el contenido de las pruebas se

⁶⁶⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 415.

relacione con las funciones habituales de los puestos convocados y además se baremen no los servicios prestados en general, sino particularmente “*la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria*”. Todo esto dará lugar a la habitual conflictividad jurisdiccional a que nos tienen acostumbrados estos procedimientos.⁶⁷⁰

En definitiva, indica PUERTA SEGUIDO⁶⁷¹ que “sin merma de los principios constitucionales rectores del acceso al empleo público, se impone hoy la necesidad de dar una solución excepcional a una situación también extraordinaria, ello impone una construcción doctrinal y jurisprudencial que abandonando el caduco argumento de la consolidación de las Administraciones Públicas emergentes, las autonómicas, contribuya a normalizar la política de selección de personal con la fijación de criterios generales que nos liberen de una actuación desesperada y casuística de las Administraciones Autonómicas que suelen terminar en la impugnación y la anulación judicial de tardías convocatorias de procedimientos selectivos a medida”.

9.- LA FUNCIONARIZACIÓN

Siguiendo a BOLTAINA BOSCH, podemos definir la funcionarización como “proceso selectivo restringido, dirigido al personal laboral fijo que ocupa un puesto de trabajo que ha sido reclasificado por la ley como de funcionario (...) y que como tal proceso tiene la finalidad de adaptar el vínculo jurídico laboral de este trabajador a una nueva situación que pasará a ostentar –de carácter voluntario- de funcionario”.⁶⁷²

Debe añadirse que los procesos selectivos de funcionarización se han venido caracterizando también por reducir el rigor de las pruebas de conocimientos, que incluso llegan a ser suprimidas. Por tanto, se facilita el acceso a la condición de personal funcionario en condiciones menos exigentes que las que concurrirían en los tradicionales procesos con exámenes de conocimientos técnicos. La funcionarización del personal laboral es una importante singularidad en materia de acceso al empleo público, tanto por las limitaciones que impone al derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, como por el volumen cuantitativo que ha alcanzado. Sin embargo, destaca la

⁶⁷⁰ JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Luces y sombras...”, op.cit., pg. 88.

⁶⁷¹ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 327.

⁶⁷² BOLTAINA BOSCH, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista CEMCI*, nº. 14, 2012.

imprecisión de las normas jurídicas que la han venido regulando, lo cual ha provocado que la doctrina reclame “un marco jurídico claro y preciso”.⁶⁷³

Esta figura tiene su principal origen en la reforma del artículo 15 de la Ley 30/1984, realizada por la Ley 23/1988, como consecuencia de la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, y que pasó a establecer la regla general de que los empleos públicos debían ser cubiertos por funcionarios y sólo excepcionalmente por laborales en los casos expresamente fijados en dicho artículo 15.⁶⁷⁴ Ello determinó que numerosos puestos que venían siendo desempeñados por personal laboral pasaron a estar adscritos a personal funcionario, por lo que la citada Ley 23/1988 también dio redacción a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984⁶⁷⁵, que estableció que:

- La adscripción de un puesto de trabajo a personal funcionario no implicaría el cese del personal laboral que lo viniera desempeñando, que podía permanecer en el mismo. Además, esta permanencia tendría lugar sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional.

- En el caso de la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, el personal laboral fijo que a la entrada en vigor de dicha Ley 23/1988 se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios⁶⁷⁶, podría

⁶⁷³ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., apartado “a modo de conclusión”.

⁶⁷⁴ El Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 12 de febrero de 2007 que “esas características de excepcionalidad, con fines legítimos, concurría en el caso presente, en el que el legislador se encontró ante la necesidad de dar solución a un colectivo singular: el de determinado personal laboral fijo, caracterizado por venir desempeñando puestos de trabajo, reservados a funcionarios, a la entrada en vigor de la Ley 23/88, para el que esa misma Ley arbitra un procedimiento excepcional y de carácter voluntario a fin de posibilitar que la naturaleza jurídica de su relación de servicios con la Administración, se adecue a la naturaleza funcional del puesto que sirven, sin olvidar, por otro lado, que ese personal laboral, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tenía absoluta estabilidad en el empleo, circunstancia ésta que tuvo en cuenta la citada Disposición Transitoria Decimoquinta (apartado 1º), al disponer que la adscripción de estos puestos servidos por personal laboral a personal funcionario “no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando”.

⁶⁷⁵ Fueron las sucesivas leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 1989, 1990, 1991 y 1992 las que desarrollaron los criterios para llevar el proceso de funcionarización. Por su parte, las distintas Comunidades Autónomas han ido promulgando normas legales sobre funcionarización en su ámbito. Una enumeración de tal normativa se encuentra en SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., en *Comentarios...*, op.cit., pg. 1132. Por otro lado, existe el Acuerdo adoptado por la Administración y los Sindicatos el 15 de diciembre de 1994 sobre condiciones de trabajo en la Función Pública Local para el periodo 1995-1997, que define las actuaciones para los procesos de funcionarización en el ámbito de las Corporaciones Locales. Finalmente, otras Administraciones como las Universidades han realizado también procesos de funcionarización.

⁶⁷⁶ También o el que hubiese adquirido esta condición en virtud de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha, siendo destinado con ocasión de su ingreso a puestos reservados a funcionarios en las citadas Administraciones.

participar en las pruebas de acceso a Cuerpos y Escalas a los que figurasen adscritos tales puestos, siempre que poseyera la titulación necesaria y reuniera los restantes requisitos exigidos. La particularidad radica en que en tales pruebas deberían “valorarse como mérito los servicios efectivos prestados en su condición de laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma”.

El fenómeno de la funcionarización, pues, tenía tres características principales:

1) Según la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, era un fenómeno previsto para el personal laboral que viniera realizando, con anterioridad a la Ley 23/1988, funciones que ésta pasó a reservar al personal funcionario.

2) La funcionarización solamente estaba regulada en dicha Disposición Transitoria, que no tenía expresamente atribuido carácter de legislación básica y que además sólo se refería expresamente a la Administración Estatal.

3) En los procesos de funcionarización se valorarían los servicios prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la condición de laboral fijo.

Debido a que la citada Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984 se refería al personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 se hallare prestando servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios, los órganos judiciales han venido anulando aquellos procesos de funcionarización que no tuvieran en cuenta este requisito temporal. Así, la STS de 23 de febrero de 2009 confirma la nulidad de un proceso de funcionarización llevado a cabo por un Ayuntamiento porque se extendió a todo el personal laboral municipal, sin tener en cuenta el año de ingreso, recordando que la citada Disposición Transitoria se limita al personal laboral que ya estuviese contratado en la fecha de entrada en vigor de la Ley 23/1988. También la STS de 10 marzo 2008 señaló respecto de un proceso de funcionarización en la Junta de Andalucía, que sólo podía beneficiar al personal laboral ingresado antes de 31 de diciembre de 1992, porque en esta fecha entró en vigor la reforma de la Ley andaluza 6/1985, que fijaba los puestos asignables al personal funcionario y laboral.

Por otro lado, la funcionarización solamente estaba regulada en la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, que sólo se refería expresamente a la Administración estatal, y que no tenía expresamente atribuido carácter de legislación básica. Algunos han considerado que tiene carácter básico por constituir una excepción al artículo 19 de la citada ley⁶⁷⁷, que sí tiene carácter básico, aunque otros entienden que no tiene tal carácter básico.⁶⁷⁸ A este respecto, debe destacarse que las Comunidades Autónomas también se vieron afectadas por la STC 99/1987 y la Ley 23/1988, y siguieron en esencia el mismo esquema

⁶⁷⁷ Así el Dictamen de 30 de junio de 1994 del Consejo de Estado.

⁶⁷⁸ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pg.62.

que el Estado para la funcionarización. La doctrina se ha planteado si las Comunidades Autónomas tienen competencia para regular los procesos de funcionarización, concluyendo la mayoría que sí.⁶⁷⁹ En todo caso, concluyó BOLTAINA BOSCH⁶⁸⁰, con apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que tales procesos de funcionarización eran admisibles si la norma que establecía el proceso restringido tenía rango de ley, se trataba de una situación totalmente excepcional y se tutelaba un valor constitucional, que en este caso era que la generalidad de los empleos públicos estuvieran cubiertos por funcionarios, según la Ley 30/1984.

La Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984 tampoco se refería a las Corporaciones Locales, por lo que algunos han apreciado falta de soporte jurídico de los procesos de funcionarización locales⁶⁸¹. Por su parte, el Tribunal Supremo, en las sentencias de 11 de febrero y 1 de septiembre de 2007, ha señalado que las previsiones del artículo 15 y la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984 son aplicables supletoriamente al ámbito de la Administración Local, de conformidad con los artículos 1.4 de la Ley 30/1984 y 92.1 de la Ley 7/1985.

Teniendo en cuenta lo expuesto, con anterioridad a la promulgación del Estatuto Básico del Empleado Público, autores como BOLTAINA BOSCH⁶⁸² concluían que era necesario que una norma básica estatal regulara el fenómeno, para dar un soporte más claro y concreto tanto a las Comunidades Autónomas como a las Corporaciones Locales y Universidades.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en las sentencias 38/2004 y 31/2006, ha señalado que el establecimiento de pruebas restringidas era una excepción al artículo 19.1 de la Ley 30/1984, que tiene el carácter de legislación básica, de modo que tales excepciones debían igualmente venir establecidas por la legislación básica del Estado. Además, en el contexto normativo de la Ley 30/1984, era su Disposición Transitoria Sexta, apartado 4⁶⁸³, la que permitía a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas convocar pruebas

⁶⁷⁹ Op.cit., pg. 75.

⁶⁸⁰ Op.cit., pg.73.

⁶⁸¹ PÉREZ LUQUE, A., *La laboralización y funcionarización del personal de la Administración Local*, CEMCI, Granada, 1999, pg. 99, ENDEMAÑO AROSTEGUI, J.M., "La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", *REALA*, nº. 283, 2000, pg. 374 y ss., y COSTA CASTELLA, E., "Patologías de la funcionarización del personal laboral en la administración local", *Boletín de personal, Gestión Local Aranzadi*, nº. 1/2003, pg. 4 y ss.

⁶⁸² BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pg.75.

⁶⁸³ Dicha Disposición Transitoria 6ª estableció, en su apartado 4, que "Los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán convocar pruebas específicas para el personal que, al amparo de lo establecido en disposiciones de carácter general promulgadas por las correspondientes Comunidades Autónomas tuviesen, con anterioridad al 15 de marzo de 1984, condición de contratados administrativos, en expectativa de acceso a su respectiva Función Pública. Se considerarán incluidos en el presente precepto los contratados mediante convocatorias públicas con anterioridad al 15 de marzo de 1984".

específicas de acceso para los contratados administrativos que tuvieran dicha condición antes del 15 de marzo de 1984.⁶⁸⁴

Los procesos de funcionarización provocados por la reforma legal de 1988 fueron configurados como procesos selectivos restringidos en sentido estricto, es decir, que en ellos se impedía la participación de los ciudadanos que no fueran personal laboral fijo desempeñando funciones funcionariales al tiempo de la Ley 23/1988. Así resultó de las leyes de Presupuestos Generales del Estado 37/1988, 4/1989 y 31/1990. El artículo 37 de esta última estableció que las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos, Escalas o Especialidades a que se adscribieran las plazas correspondientes a puestos servidos por personal laboral y clasificados como propios de personal funcionario, podrían incluir un turno denominado "*Plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas*", en el que podría participar el personal afectado por lo establecido en la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984. Y fue la Orden de 27 de marzo de 1991 la que previó expresamente que el personal que podría participar en este turno sería solamente el laboral que a la entrada en vigor de la ley ocupara un puesto reservado a funcionario.

Este sistema de pruebas restringidas, según entendió la STS de 20 de junio de 1996, no conculcaba el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, porque se trataba de resolver una situación excepcional, la planteada por la Ley 23/1988, y existían razones suficientes para justificar este proceso selectivo excepcional establecido en la propia ley: la necesidad de respetar el derecho a la estabilidad en el empleo del personal laboral, y "arbitrar un procedimiento que impidiera que la conversión voluntaria, con pruebas selectivas, de ese personal laboral en funcionario, originara una duplicidad de personas en el mismo puesto, lo que pudiera haber ocurrido si las pruebas se hubieran convocado en turno libre, pues entonces hubiera sido posible que accediera desde fuera de la Administración un nuevo funcionario para ocupar una plaza que ya tenía titular, con la consiguiente extralimitación de límites presupuestarios para una misma plaza".

Sin embargo, entiendo que había otra respuesta al problema de la duplicidad de personas para un mismo puesto (el personal laboral preexistente y el nuevo personal funcionario): y es que, si la ley permitía al personal laboral continuar realizando las funciones como tal personal laboral, nada imponía la necesidad de funcionarizar a dicho personal, pues era la propia la ley la que

⁶⁸⁴ En esta línea, la citada STC 38/2004 declaró la inconstitucionalidad de la Ley 3/1985, de Función Pública asturiana, en la medida en que preveía tal proceso de funcionarización para personal laboral fijo, vulnerando la citada Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984, que se refería solo a los contratos administrativos en expectativa de acceso a la función pública autonómica, así como también resultaba inconstitucional por vulnerar el límite temporal autorizado en la citada Disposición Transitoria (15 de marzo de 1984). En esta sentencia el Tribunal Constitucional en ningún momento analiza si la ley asturiana se ajusta a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, por lo que cabe entender que no le atribuye carácter de legislación básica, y que considera que la norma aplicable a las Comunidades Autónomas es la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 30/1984.

permitía esta situación. Es más, la Ley 30/1984, al regular la funcionarización, no impuso ni siquiera el deber de participar en los procesos selectivos de funcionarización, y reservó sus expectativas de promoción al personal laboral como tal. Por tanto, no tiene sentido añadir la posibilidad de procesos restringidos y “descafeinados” para obtener la condición de funcionario.

Dado que los procesos de funcionarización son procesos selectivos restringidos, deberán respetarse las exigencias impuestas a estos últimos por la jurisprudencia constitucional. Así, en primer lugar, se exige que exista una situación excepcional que acredite la irrepitibilidad del proceso. Al respecto, entiende BOLTAINA BOSCH⁶⁸⁵ que la circunstancia que justifica la excepcionalidad en el caso de la funcionarización es precisamente que unos puestos venían siendo ocupados por personal laboral y debido a la reforma de la Ley 23/1988, pasaron a quedar adscritas a personal funcionario, lo cual es una situación única e irrepitible. Así lo indica también el ATC 177/1999, y también lo entiende la STS de 20 de junio de 1996.

Por otro lado, en los procesos restringidos se admite solo una única convocatoria (STC 12/1999), aunque la mayoría de las Administraciones Públicas han incumplido este requisito, previendo varios procesos de funcionarización para los mismos Cuerpos o Escalas, incluso cuando los aspirantes no han superado procesos anteriores o no han querido participar en ellos, lo cual es inadmisibles, por quebrar el carácter excepcional de estos procesos.⁶⁸⁶

Como puede verse, pues, la jurisprudencia admite los procesos de funcionarización como procesos restringidos cerrados. Ahora bien, tales procesos, como procesos de acceso a la función pública, no pueden consistir en una incorporación directa, sin proceso selectivo de ningún tipo (ni siquiera restringido), pues ello está proscrito en la función pública española. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en las sentencias 67/1989 y 388/1993. Aunque sí se ha producido una clara excepción, que es el proceso de funcionarización directa en la Comunidad Foral de Navarra, amparado en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero, si bien autores como BOLTAINA BOSCH⁶⁸⁷ entienden que las singularidades derivadas del derecho foral no pueden atentar contra los artículos 14 y 23.2 CE.

Pero lo cierto es que los procesos de funcionarización se han caracterizado no solamente por ser procesos restringidos, sino también por la relajación del rigor de las pruebas de conocimientos técnicos, e incluso su supresión. En este sentido,

⁶⁸⁵ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, pg.158.

⁶⁸⁶ Op.cit., pg.161.

⁶⁸⁷ BOLTAINA BOSCH, X., *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pg. 393, y “Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Su encaje en el marco constitucional español”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº. 38, 2004.

indica BOLTAINA BOSCH⁶⁸⁸ que *de facto* algunos casos constituyan una integración verdaderamente directa en la función pública, debido a que el proceso selectivo se diseña de modo que sólo respeta los principios de mérito y capacidad de forma aparente. Como ejemplo, puede citarse la Ley 1/1996, de 26 de abril, de la Comunidad Valenciana, que preveía la adquisición de la condición de personal funcionario por la mera superación de un curso selectivo.⁶⁸⁹

En lo referente al sistema selectivo de los procesos de funcionarización, la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984 solamente establecía que se valorarían los servicios prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a la condición de laboral fijo. Esto determinaba que no se trataría de una oposición, sino que en todo caso tendría que existir una fase de concurso de méritos, al entrar en juego la valoración de estos méritos. Es más, la citada Disposición Transitoria 15ª no excluía la posibilidad de que se tratara de concursos de méritos y no de concurso-oposición. Con anterioridad al EBEP, parte de la doctrina consideraba que la aplicación del concurso en los procesos de funcionarización no tenía un fundamento jurídico sólido, y que tenía carácter excepcional, dudando incluso de la posibilidad de incardinarlo en el supuesto en que la naturaleza de las plazas o las funciones a desarrollar lo requiriesen. Sin embargo, como se ha indicado, la citada Disposición Transitoria no excluía expresamente la posibilidad de que se tratara de concursos de méritos y no de concurso-oposición. Por su parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1991 estableció la tramitación de un concurso-oposición, pero con la exención de las pruebas que ya hubieran debido superarse para la adquisición de la condición de personal laboral fijo.

En cuanto al concurso-oposición en los procesos de funcionarización, y respecto de la fase de oposición, siguiendo a BOLTAINA BOSCH⁶⁹⁰, puede indicarse lo siguiente:

- Existe una disminución generalizada del nivel de exigencia en la acreditación de los conocimientos teóricos y prácticos relacionados con el Cuerpo funcional al que se pretende acceder. Así, fruto de la negociación con las organizaciones sindicales, se reduce el número de temas en los programas, no hay exámenes orales, predominan los exámenes tipo test, y si hay exámenes escritos es con facultad de elegir entre varios temas o contestar a preguntas brevemente. A menudo los programas de temas son "simples apéndices formales

⁶⁸⁸ Op.cit., pg. 393.

⁶⁸⁹ Esta Ley, entiende ROQUETA BUJ que en este punto no se ajusta a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984 y demás normativa complementaria, que exige concurso-oposición. (ROQUETA BUJ, R., "La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcional, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa", en AA.VV., *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Dir. MOLINER TAMBORERO, G., CGPJ, Madrid, 2000, pg. 158).

⁶⁹⁰ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pgs.358 y ss.

para acreditar un concurso-oposición que en la práctica suponen un concurso de méritos, habida cuenta la escasa o prácticamente nula entidad de aquellos”. Esta actuación es calificada por el citado autor como “torticera”. Un ejemplo de relajación extrema de los principios de mérito y capacidad es la sustitución de la fase de oposición por la presentación de una memoria o trabajo sobre alguna cuestión del programa o sobre las funciones del puesto de trabajo convocado, lo cual convierte a la fase de oposición en un “mero trámite administrativo sin mayor dificultad”⁶⁹¹.

- Existen muchos casos en los que se incorpora la entrevista a la fase de oposición. En la mayoría de los casos no tiene carácter eliminatorio, pero puede llegar a representar una parte importante de la puntuación. La introducción de la entrevista en este tipo de procesos selectivos se explica porque es un tipo de prueba muy maleable y subjetiva, que puede ser utilizada para reducir la importancia de las pruebas sobre conocimientos.

- Suele producirse la convalidación de ejercicios teóricos y prácticos con los ya superados para acceder a la condición de personal laboral, lo cual hace prácticamente inexistente la fase de oposición. No obstante, en determinados supuestos la doctrina lo admite, por cuanto se considera poco razonable someter a un trabajador fijo a nuevas pruebas de contenido igual o similar a las que ya superó en su momento para acceder a la condición de trabajador fijo. Sin embargo, también hay opiniones en contra de esta convalidación.

Debe destacarse el Dictamen 84/1998 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre el anteproyecto de modificación de la Ley 3/1988, en el que se indica que “tampoco puede decirse que el hecho de haber superado con anterioridad otras pruebas selectivas para obtener la condición de laboral fijo justifique una diferencia de trato en el proceso de funcionarización, dado que ambas categorías, laboral y funcionarial, son de distinta naturaleza y no pueden equipararse en cuanto a la producción de derechos y obligaciones en la relación jurídica que crean entre el empleado público y la Administración, a lo cual hay que añadir el hecho de que pueden darse casos en los que los conocimientos que se exigieron a dicho personal para acceder a la condición de laboral fijo, poco o nada tengan que ver con las funciones que realmente están desempeñando en la actualidad”.

Y no vamos a negar que en demasiadas ocasiones los procesos selectivos de acceso del personal laboral han sido mucho menos exigentes que los de acceso a la condición de funcionario, en lo que se refiere a las pruebas de conocimientos técnicos, con lo cual, equiparar tales procesos no es respetuoso con el principio de igualdad. Como mínimo, en cada caso sería preciso conocer con exactitud qué pruebas y con qué contenido se exigieron para el acceso a la condición de laboral fijo. Siguiendo a BOLTAINA BOSCH, la convalidación de

⁶⁹¹ Op.cit., pg.363.

ejercicios debe admitirse si el nivel de exigencia en las pruebas iniciales fue el mismo.⁶⁹²

- Suele producirse la convalidación de pruebas por cursos de formación o servicios prestados. A este respecto, debe destacarse que numerosas Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Universidades Públicas han utilizado procesos de funcionarización consistentes en un concurso-oposición, o incluso una oposición, pero previendo que las pruebas teóricas o prácticas pueden ser convalidadas por haber superado un curso de formación, que suele superarse con criterios muy generosos.⁶⁹³ Así, los procesos de funcionarización basados en cursos selectivos han sido considerados inconstitucionales por gran parte de la doctrina⁶⁹⁴ e incluso por Organismos consultivos de las Comunidades Autónomas y la propia Abogacía del Estado en el caso de la Ley asturiana 4/1996.⁶⁹⁵

En cuanto a la fase de concurso de los procedimientos de concurso-oposición de funcionarización, la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984 preveía dos tipos de méritos baremables (aunque no excluía la consideración de otros méritos): los servicios efectivos prestados como personal laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición de laboral. Además, la Orden de desarrollo del proceso de funcionarización estatal de 27 de marzo de 1991 previó que la fase de concurso alcanzara un máximo del 45% de la puntuación total del proceso, aunque la mayoría de las convocatorias no alcanzaron dicho máximo. En esta misma línea se han situado las Comunidades Autónomas.⁶⁹⁶ A juicio de BOLTAINA BOSCH⁶⁹⁷ algunas reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional no son plenamente aplicables a los procesos de funcionarización, precisamente porque éstos son pruebas restringidas: así, entiende que la fase de concurso puede superar el 45%, y que sí cabe atribuir una puntuación distinta a los servicios prestados según que se presten o no en la Administración Pública convocante.

Además, la funcionarización ha sido utilizada como subterfugio para eludir los procesos selectivos más rigurosos en el ámbito funcional (que suelen exigir, al menos, la tramitación de una oposición o de un concurso-oposición). Así, se cubren puestos de trabajo por personal laboral mediante procedimientos poco rigurosos o incluso al margen de la ley, para después modificar la relación de

⁶⁹² BOLTAINA BOSCH, X., "La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones...", op.cit.

⁶⁹³ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pg. 394.

⁶⁹⁴ Op.cit., pg.370.

⁶⁹⁵ En este sentido, puede destacarse el Dictamen 84/1998 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre el anteproyecto de modificación de la Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de Castilla-La Mancha.

⁶⁹⁶ BOLTAINA BOSCH, X, *La funcionarización del personal laboral al servicio...*, op.cit., pg. 374.

⁶⁹⁷ Op.cit., pgs. 377 y 378.

puestos de trabajo transformando dichos puestos en funcionariales y convocar procesos de funcionarización menos rigurosos que los de acceso libre (que requieren oposiciones o concurso-oposición).⁶⁹⁸ Este procedimiento fraudulento ha sido denunciado especialmente en el ámbito de los Entes Locales.⁶⁹⁹ Como indica SÁNCHEZ MORÓN, la funcionarización ha de ser proporcionada, de modo que no sea un subterfugio para facilitar el acceso a la función pública sin casi verificación de méritos y capacidades a trabajadores que en su día accedieron a un contrato laboral sin prueba selectiva o mediante proceso selectivo poco riguroso.⁷⁰⁰

De hecho, la doctrina ha denunciado que la funcionarización se ha extendido a puestos de trabajo que no necesitaban ser reservados al personal funcionario, e incluso a puestos de trabajo reservados *ex lege* al personal laboral.⁷⁰¹ En estos casos no cabe acudir a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, por no tratarse de un caso excepcional.⁷⁰² Es decir, que las Administraciones Públicas no son libres para realizar una operación de dos fases, consistente en convertir en funcionariales todos sus puestos laborales, y a continuación aplicar los procesos privilegiados de funcionarización al personal laboral que venía ocupando esos puestos, sino que esta operación sólo puede producirse respecto de aquellos puestos que, a partir de la Ley 23/1988, necesariamente tenían que ser funcionariales.

Así lo ha señalado la STS de 1 de septiembre de 2007, relativa a un Ayuntamiento que, por acuerdo de 1998, modificó su plantilla para que todos los puestos de trabajo que hasta entonces eran laborales quedaran transformados en plazas de funcionarios, y aprobó una convocatoria para una serie de plazas de funcionario "a cubrir por el turno de plazas afectadas por el artículo 15 y disposición transitoria 15ª de la Ley de Medidas de Reforma de la Función Pública", estableciendo que podría participar en los procesos selectivos solamente "el personal laboral fijo de este Ayuntamiento que sea titular del mismo puesto de trabajo de los señalados en el Anexo I de las siguientes bases (...)". Las plazas eran desde puestos de Auxiliar Administrativo, Subalterno, Técnico Superior de Administración Especial-Biólogo, Técnico Auxiliar de Administración Especial: Delineante Proyectista, hasta la Subescala de servicios especiales, Personal de oficios, donde figuraban plazas de Oficiales Jardineros, Oficial albañil, Oficial Conductor, Oficial Fontanero, Oficial de Mantenimiento, Oficial Pintor, Oficial Electricista, Operario de Limpieza, Ayudante y Operario de Obras.

Al respecto, el Tribunal Supremo señala la finalidad de la vía excepcional de la funcionarización afectaba solo a los puestos que a partir de la Ley 23/1988,

⁶⁹⁸ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Méritos o botín...*, op.cit., pg. 40.

⁶⁹⁹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 169.

⁷⁰⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1997, pg. 142.

⁷⁰¹ Op.cit., pg. 142.

⁷⁰² ROQUETA BUJ, R., "La Administración y el personal...", op.cit., pg. 159.

necesariamente tenían que ser funcionariales, pero no así para los que la Ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral, como es el caso del personal de la Subescala de servicios especiales, Personal de Oficios, que puede ser laboral según el apartado c) del artículo 15 de la Ley 30/1984”.

Por su parte, el EBEP⁷⁰³ ha reconocido también la figura de la funcionarización del personal laboral, admitiéndola expresamente para todas las Administraciones Públicas y estableciendo alguna norma (aunque totalmente insuficiente) con carácter de legislación básica.⁷⁰⁴ Así, su Disposición Transitoria Segunda establece que:

“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá seguir desempeñándolas.

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a ésta”.

Como puede observarse, esta nueva Disposición Transitoria no se refiere al personal laboral que se vio afectado por la Ley 23/1988, sino al que esté desempeñando funciones funcionariales antes de la entrada en vigor del propio EBEP⁷⁰⁵, por lo que el límite temporal referido a la Ley 23/1988 se amplía hasta el

⁷⁰³ El Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP no trató en profundidad la problemática de la funcionarización, limitándose a señalar que el esquema de funciones resultante del EBEP y las leyes de desarrollo no debería afectar a los colectivos de personal actualmente existentes, sino que debía tener efectos de futuro.

⁷⁰⁴ También el Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013, ampara la figura de la funcionarización, al disponer lo siguiente: *“Disposición adicional undécima. Traspaso de medios personales. 5. El personal laboral fijo que a la entrada en vigor de esta Ley estuviera desempeñando funciones o puestos de trabajo que por su contenido correspondan a personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*

Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición”.

⁷⁰⁵ La fecha límite se alarga aún más en el caso del Anteproyecto de Ley para la racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013. (Disposición adicional undécima. Traspaso de medios personales).

13 de mayo de 2007.⁷⁰⁶ Por tanto, parece estar legitimando aquellas situaciones en las que, con posterioridad a la citada Ley 23/1988, se contrató a personal laboral para realizar funciones que, según dicha Ley 23/1988, ya correspondían a personal funcionario. Esto significaría entonces que el EBEP legitima las prácticas irregulares de las Administraciones Públicas, cuando, en origen, los procesos de funcionarización se admitieron para el personal laboral contratado antes de la entrada en vigor de dicha Ley 23/1988 y que, antes de la entrada en vigor de la misma, se hallaba prestando servicios en puestos de trabajo que luego fueron reservados a funcionarios debido al cambio operado por la Ley 23/1988. Sin embargo, con posterioridad a dicha Ley 23/1988, quedó fijada la lista de supuestos en que cabía contratar personal laboral, motivo por el cual no procede funcionarizar al personal que comenzó a realizar funciones funcionariales tras la entrada en vigor de la Ley 23/1988 y que ya esta reforma legal dejaba claro que eran funciones reservadas al personal funcionario.

La funcionarización, que es una excepción al carácter abierto de los procesos selectivos y a las exigencias de conocimientos y de mérito y capacidad propias de los procesos selectivos del personal funcionario, sólo son constitucionalmente admisibles si se refieren a situaciones anteriores al cambio de la legislación vigente. Sin embargo, el propio EBEP no ha ampliado las funciones reservadas al personal funcionario (pues el artículo 9.2 EBEP no es más amplio que la regla general de la Ley 30/1984 de atribución de puestos al personal funcionario). Por tanto, no procede admitir la funcionarización del personal laboral que, con posterioridad a la Ley 23/1988, hubiera sido contratado para funciones que, desde dicha Ley ya estaban reservadas al personal funcionario. Y, en cuanto a las Comunidades Autónomas, no cabe admitir la funcionarización del personal laboral que, con posterioridad a la respectiva ley autonómica de Función Pública, hubiera sido contratado para funciones que, desde dicha Ley autonómica, ya estaban reservadas al personal funcionario.⁷⁰⁷

La funcionarización es una institución prevista para resolver problemas sobrevenidos de adscripción de funciones por causa de reformas legales (es decir, que funciones que antes podían ser desempeñadas por personal laboral, pasan por ley a quedar reservadas al personal funcionario), no para resolver situaciones viciadas en las que al personal laboral se le adscriben funciones que legalmente no le pueden ser asignadas. En estos casos entendemos además que procede

⁷⁰⁶ En todo caso, entiende BOLTAINA BOSCH que el EBEP ha olvidado remitirse en cuanto a la fecha límite a las leyes autonómicas de desarrollo que irán fijando qué puestos se adscriben al personal funcionario.

⁷⁰⁷ En este sentido, indica MATORRAS DÍAZ-CANEJA que la Disposición Transitoria 2ª EBEP no es aplicable al personal laboral al que se asignan funciones reservadas a funcionarios si la legislación vigente en el momento de su contratación ya establece esta reserva. (MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "Clasificación y características de las diversas categorías de empleados públicos en la Ley 7/2007", en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dykinson, Madrid, 2009, pg. 180).

declarar la nulidad de tales contratos laborales, por haber sido celebrados para realizar funciones reservadas al personal funcionario.

Por otro lado, la Disposición Transitoria 2ª EBEP establece que el proceso selectivo de funcionarización será el de promoción interna para los Cuerpos y Escalas funcionariales a que estén adscritos las funciones o puestos afectados. Por tanto, el respeto a los principios de mérito y capacidad se ve más asegurado, ya que no cabe diseñar procesos tan flexibles diseñados *ad hoc* para este tipo de personal, pues el proceso se incardina dentro de la promoción interna de los funcionarios. Esto merece, en principio, una valoración positiva⁷⁰⁸, intentando el legislador también evitar situaciones de agravio comparativo entre ambos colectivos. Pero esta referencia a la promoción interna podría dar lugar a la articulación de la funcionarización a través de promociones verticales que impliquen acceso a Grupos funcionariales superiores al Grupo laboral de permanencia del participante, pero que ello sería inconstitucional, porque el carácter restringido y excepcional de la funcionarización sólo permitiría una promoción interna horizontal.⁷⁰⁹

Por otro lado, parte de la doctrina ha destacado que en los procesos de funcionarización el mérito y la capacidad acaban siendo “presuntos” porque se refieren a un personal, el laboral, que ha accedido a esta condición en virtud de meros concursos de méritos o incluso por la simple conversión de un contrato temporal en fijo.⁷¹⁰ Por tanto, no parece coherente aplicar al personal laboral procesos de promoción interna para funcionarizarse, cuando no ha superado con el mismo rigor que los propios funcionarios los procesos de acceso inicial. Como ya se ha indicado, como mínimo, en cada caso sería preciso conocer con exactitud qué pruebas y con qué contenido se exigieron para el acceso a la condición de laboral fijo, de manera que, si en su día, no superaron pruebas de conocimientos, no se les aplique el mismo temario reducido que suele aplicarse en los procesos de promoción interna de funcionarios, donde se les exime de realizar pruebas de conocimientos sobre la parte del temario que ya acreditaron conocer en el proceso de acceso al Cuerpo o Escala inferior.

La doctrina no es unánime acerca de si los laborales fijos afectados por la funcionarización y los funcionarios concurren conjuntamente al proceso de

⁷⁰⁸ Aunque algún autor, como BOLTAINA BOSCH considera un error la imposición de la promoción interna para la funcionarización. (BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal (artículos 8 a 12)”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008, pg. 211).

⁷⁰⁹ BOLTAINA BOSCH, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones...”, op.cit.

⁷¹⁰ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 145.

promoción interna (CANTERO MARTÍNEZ⁷¹¹), o si son procesos de promoción interna separados (SEMPERE NEVARRO y ARETA MARTÍNEZ⁷¹²).

Por otro lado, la mayoría de la doctrina entiende que la funcionarización no puede beneficiar al personal laboral indefinido no fijo, por no ser personal fijo, aunque CANTERO MARTÍNEZ no lo ve muy claro desde la perspectiva del principio de igualdad.⁷¹³ No creemos, sin embargo, que la exclusión de la funcionarización de temporales e indefinidos afecte al principio de igualdad, ya que el vínculo de estos dos colectivos no es el de un trabajador fijo, siendo, por tanto, situaciones totalmente distintas que no merecen el mismo tratamiento jurídico. Además, el trabajador indefinido no fijo se caracteriza porque ha accedido a la condición de indefinido sin la tramitación de ningún proceso selectivo, por lo que el propio Estatuto de los Trabajadores, en su Disposición Adicional 15ª, establece que los puestos de trabajo ocupados por personal laboral indefinido no fijo serán cubiertos por los procedimientos reglamentarios. En esta línea, entiende BOLTAINA BOSCH que el trabajador indefinido no fijo no cumple con el requisito de tener una relación permanente de fijeza.⁷¹⁴

Por su parte, la STS de 12 de Febrero de 2007 ha admitido que la funcionarización puede afectar al personal laboral indefinido no fijo, al considerarlo equiparable con el personal laboral fijo, “al no distinguirse en el artículo 15 del Estatuto de los trabajadores en relación con los artículo 11 y 12 de igual texto entre personal de duración indefinida y personal fijo (...) el propio tenor de los preceptos en los que se sustenta el proceso de funcionarización (artículo 15 y disposición transitoria 15ª de la Ley 30/1984 y artículo 37 la Ley 31/1990) pone de manifiesto que tales normas responden al propósito de regularizar la situación respecto de los puestos de trabajo que están servidos por personal laboral y que son propios de personal funcionario. Y, siendo esa la finalidad de las normas mencionadas, resulta conforme a ella la equiparación que se hace en la sentencia recurrida por existir identidad de razón en cuanto a la procedencia de regularizar la situación tanto del personal laboral fijo como del personal laboral de duración indefinida”. Añade la sentencia que esta equiparación no es contraria a la doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo en las Administraciones Públicas “porque la sentencia aquí recurrida se refiere a una convocatoria que se incardina en un proceso de funcionarización cuyo carácter singular y excepcional ha sido destacado en ocasiones anteriores por esta Sala para explicar que, con el mismo carácter excepcional, deben admitirse determinadas restricciones al derecho de igualdad en el acceso a la función pública”.

⁷¹¹ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 91.

⁷¹² SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., en *Comentarios...*, op.cit., pg. 1136.

⁷¹³ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 61. Sistemas Selectivos”, op.cit., pgs. 663 y 664.

⁷¹⁴ BOLTAINA BOSCH, X., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista CEMCI*, nº. 14, 2012.

Estos argumentos, sin embargo, no nos parecen convincentes, por cuanto la figura del trabajador indefinido no fijo se caracteriza por no consolidarse en el puesto de trabajo, sino por tener que participar en los procesos correspondientes de cobertura del mismo, según resulta de la Disposición Adicional 15ª ET. Por tanto, en este aspecto, el trabajador indefinido no fijo permanece en el puesto de trabajo hasta que se concluya el proceso de cobertura ordinaria del mismo, y, por tanto, se asemeja más a una relación temporal que a una relación fija. Y si, precisamente los procesos de funcionarización son una excepción al principio de igualdad, dicha excepción debe interpretarse de forma restrictiva.

Por otro lado, cabe plantearse la relación entre la Disposición Transitoria Segunda del EBEP y la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, ya que esta última no ha sido expresamente derogada por el EBEP. La cuestión es relevante, ya que el EBEP exige concurrir a los procesos de promoción interna de los funcionarios, mientras que la Ley 30/1984 no lo exige, por lo que se han venido celebrado procesos restringidos mucho menos exigentes con los principios de mérito y capacidad. Y es que, tras la entrada en vigor del EBEP, las Administraciones Públicas continúan amparándose en la Ley 30/1984 para tramitar procesos restringidos de funcionarización. Parece que puede concluirse que aún a día de hoy es posible acogerse a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984, pero siempre que se ostentara la condición de personal laboral fijo antes de la entrada en vigor de la Ley 23/1988.

Más allá de lo expuesto, la Disposición Transitoria 2ª EBEP poco aclara sobre la configuración de los procesos de funcionarización, de manera que, como indican SEMPERE NEVARRO y ARETA MARTÍNEZ⁷¹⁵, nada establece sobre el plazo para convocar tales procesos de funcionarización, ni el número de veces que el personal laboral puede concurrir a tales procesos, ni qué sucede cuando concurre y no los supera. Serán las leyes autonómicas las que vayan concretando más el régimen jurídico de la funcionarización.

En último lugar, debe destacarse que la funcionarización del personal laboral se ha convertido en una espiral que no tiene fin. En unos casos se debe a que la Administración Pública (por dejadez o favoritismo) no ha tramitado los procesos de funcionarización respecto de personal laboral que ya en lejana época venía desempeñando funciones que después fueron reservadas al personal funcionario por la Ley 23/1988. Así, siete años después de dicha ley, el Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 1995-1997 incluía el compromiso de concluir en este período el proceso, pero no se cumplió. Y hoy día nos encontramos con numerosas convocatorias de procesos de funcionarización que aluden expresamente a la Disposición Transitoria 15ª de la Ley 30/1984. Es más, el EBEP continúa dándoles cobertura legal por medio de su Disposición Transitoria Segunda.

⁷¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., en *Comentarios...*, op.cit., pg. 1136.

Pero lo que sí resulta inadmisibles de todo punto es que, con posterioridad a la reforma clara operada por dicha Ley 23/1988, se haya seguido produciendo la contratación de personal laboral para realizar funciones que están reservadas al personal funcionario. Este personal laboral al que se le han asignado funciones funcionariales en contra de la ley no puede beneficiarse, como ya se ha expuesto, de la funcionarización. Por lo tanto, los procesos de funcionarización solamente deben ser aplicables al personal laboral fijo afectado por leyes posteriores que asignen las funciones que venían desempeñando al personal funcionario. Así, en el caso de la Administración General del Estado, debe tratarse del personal laboral fijo contratado antes de la Ley 23/1988, y en el caso de las Comunidades, contratado antes de la respectiva ley autonómica que haya asignado sus funciones al personal funcionario. En caso de que la Disposición Transitoria Segunda EBEP no pueda interpretarse en este sentido, sería totalmente inconstitucional por lesionar el derecho fundamental de artículo 23.2 CE sin justificación razonable.

10.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Los principios de igualdad, mérito y capacidad se vertebran a través de cada procedimiento selectivo, por lo que resulta determinante la configuración del sistema de selección, que tradicionalmente ha sido triple: oposición, concurso-oposición y concurso. Al respecto, existen corrientes doctrinales que consideran anticuado el sistema de oposiciones y el modelo cerrado basado en el acceso a Cuerpos funcionariales y no a puestos de trabajo concretos, alegando la falta de agilidad de los procesos selectivos, así como la inutilidad de las pruebas de conocimientos teóricos para detectar las capacidades y habilidades personales que se requieren a un empleado público.

En cuanto a la obsolescencia del sistema de oposiciones, se ha defendido la necesidad de una mayor flexibilidad en el reclutamiento de los empleados públicos, introduciendo nuevas técnicas, como las entrevistas personales, análisis de currículum y otras técnicas propias de la empresa privada. Sin embargo, debe indicarse que el problema de la lentitud de los procedimientos selectivos no es su complejidad procedimental, sino la lentitud con la que se tramitan por las Administraciones Públicas.

Asimismo, la atribución a los dirigentes políticos de una gran discrecionalidad para configurar los procesos selectivos, introduciendo nuevas técnicas como las entrevistas o la elaboración de memorias, da lugar en muchos casos al diseño de procedimientos selectivos destinados a consumir favoritismos personales. Otra cosa es que, dentro de unas garantías procedimentales estrictas, sí se proceda a introducir nuevas pruebas y a reducir el excesivo carácter memorístico de las pruebas de conocimientos.

En cuanto se refiere al acceso articulado por Cuerpos funcionariales, en ocasiones se ha entendido que la selección en masa basada en Cuerpos deja de lado las concretas necesidades de los puestos de trabajo a ocupar, existiendo el riesgo de que se produzca un fracaso en la adecuación al puesto de trabajo debido a la difícil movilidad de los empleados públicos. Sin embargo, la difícil movilidad de los empleados públicos es una cuestión que nada tiene que ver con el sistema de selección, sino con la carrera administrativa, que es una materia que siempre podrá ser objeto de las reformas legislativas que sean necesarias. En definitiva, la selección de empleados públicos basada en Cuerpos funcionariales y Categorías laborales es un sistema de selección perfectamente operativo, incluso el mejor, si se tiene en cuenta que no es posible tramitar un proceso selectivo para cada puesto de trabajo, lo cual, además, tampoco es necesario.

En todo caso, el problema de la falta de eficacia de las Administraciones Públicas en la gestión de su personal no se debe tanto a la existencia de Cuerpos funcionariales y de procesos selectivos reglados, sino más bien a otros factores, como la deficiente planificación de recursos humanos, el diseño de las Relaciones de Puestos de Trabajo basadas en puestos de trabajo descritos de manera detallada y minuciosa, lo cual provoca excesiva rigidez en la organización, la falta de una adecuada política de incentivos de productividad y de medición del rendimiento, y la insuficiente utilización de los mecanismos sobre reasignación de efectivos regulados en la legislación vigente, para asignar al personal a aquellos puestos de trabajo donde realmente es necesario.

En definitiva, el procedimiento de selección pleno en garantías procedimentales es perfectamente compatible con la introducción de nuevas técnicas de selección que tomen en cuenta también las habilidades distintas de los conocimientos (cuando ello sea preciso).

En cuanto se refiere a la oposición, ésta ha sido considerada como el sistema selectivo más garantista de los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero también se le ha criticado por basarse en pruebas excesivamente memorísticas, no incluir la realización de pruebas prácticas, y no tomar en consideración otras facultades de los aspirantes (como sus aptitudes psicológicas y de capacidad), así como por basarse en pruebas poco relacionadas con las funciones o tareas a desempeñar.

Ahora bien, las pruebas de conocimientos son indispensables para acreditar la capacitación profesional del aspirante, especialmente en los Cuerpos superiores, que se nutren de universitarios, pues tales pruebas garantizan la igualdad de los aspirantes y exigen una preparación más allá de la que proporciona la Licenciatura o el Grado. En este sentido, la formación universitaria es un periodo de “construcción de la máquina de pensar”, y la preparación de la oposición aporta una acumulación sistemática y masiva de informaciones con la intensidad necesaria para desempeñar el puesto de trabajo. Por otra parte, muchos procesos selectivos incluyen ejercicios prácticos, y además también

incluyen, después de la fase de oposición, un período de prácticas o una estancia en una Escuela, que incluso tienen carácter eliminatorio.

Cuestión distinta es que el sistema de oposiciones pueda ser mejorado, en cuanto a lograr una tramitación más ágil, así como en relación al contenido y tipo de pruebas a realizar. En primer lugar, el sistema selectivo, especialmente en los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales superiores, debe reunir los siguientes requisitos:

- Respecto a los conocimientos técnicos, debe exigirse una formación extensa, amplia y generalizada, que proporcione una base sólida sobre la cual poder especializarse. Por tanto, debe valorarse en el proceso selectivo la capacidad de aprendizaje y análisis. Y deben añadirse conocimientos de idiomas extranjeros y sobre nuevas tecnologías de la información aplicadas al Sector Público.

- Habilidades para aplicar estos conocimientos, es decir, habilidad para identificar, analizar y resolver problemas, liderazgo sobre personas y equipos y capacidad de toma de decisiones.

- Cualidades personales: responsabilidad, sentido ético y de la justicia y resistencia al stress y la frustración, lealtad a los valores constitucionales y capacidad de autocrítica.

En los demás Cuerpos funcionariales y Categorías laborales cabe exigir algo similar, si bien reduciendo proporcionalmente los conocimientos técnicos y las habilidades, para ajustarlos a las exigencias de los puestos de trabajo a que se refieren dichos Cuerpos y Categorías.

Los exámenes de conocimientos pueden ser mejorados reduciendo su excesivo carácter memorístico. Y la ley debe prohibir el establecimiento de pruebas de conocimientos de cultura general no relacionados directamente con las funciones propias del Cuerpo o Categoría. Y, en todo caso, la ley debe establecer que tales exámenes de cultura general se combinen con otras pruebas de conocimientos técnicos relacionados con el puesto (aunque sean de reducido volumen tales conocimientos).

Entendemos que la ley debería prohibir la utilización de memorias en los procesos de selección para el acceso al empleo público, pues este tipo de prueba no se ajusta a los principios de mérito y capacidad.

En cuanto al sistema de concurso-oposición, debe concluirse que hay supuestos en los que, además de la fase de oposición, es conveniente valorar otros méritos de los aspirantes. Pero es preciso que la ley evite el diseño de procesos de concurso-oposición a medida de personas o colectivos determinados a quienes el Ente convocante pretenda favorecer ilegítimamente.

Y es que la normativa vigente (incluido el propio EBEP) da un amplio margen de elección a la hora de confeccionar cada proceso selectivo, lo cual constituye una herramienta que permite adaptar los procesos selectivos a las

concretas cualificaciones que se precisan en cada caso, pero, por otro lado, este amplio margen de elección es utilizado para diseñar procesos selectivos con el objetivo de consolidar a personas o colectivos determinados por motivos políticos o gregarios. Así, a pesar de las cotas de progreso legislativo y administrativo alcanzadas, continúan cometiéndose graves infracciones de los principios de mérito y capacidad, destacando las siguientes prácticas fraudulentas en los procesos selectivos de acceso al empleo público funcional y laboral, tendentes a favorecer ilegítimamente a personas o colectivos determinados:

- La rebaja en el rigor de las pruebas de conocimientos o en el umbral mínimo de la nota de aprobado, "falseando" la oposición o la fase de oposición.

- La incorporación de entrevistas con un gran margen de subjetivismo y desviación, susceptibles de ser utilizadas de manera favoritista.

- La atribución de excesiva relevancia a la fase de concurso frente a la fase de oposición.

- En la fase de concurso, la sobrevaloración de ciertos méritos (un determinado máster, la experiencia profesional en el propio Ente convocante, etc.) o la infravaloración de ciertos méritos.

Estas prácticas irregulares no se deben solamente a la desidia de los gobernantes y gestores de las Entidades convocantes de los procesos selectivos, sino también a la legislación defectuosa, que no ha establecido suficientes mecanismos que articulen la vigencia efectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así, visto que siempre va a existir un margen de discrecionalidad en el diseño y valoración de las pruebas de conocimientos, así como en la aplicación de los baremos de méritos, entendemos que resulta indispensable asegurar la imparcialidad y especialización de los órganos de selección, porque sólo así se puede garantizar que en cualquier procedimiento de selección, sea cual sea su estructura (entrevista, test, examen oral...), se respeten los principios de igualdad, mérito y capacidad, y no se produzcan supuestos de discriminación o favoritismo. Además, la entrevista, las pruebas psicotécnicas y las psicológicas, así como las demás pruebas complementarias del artículo 61.5 EBEP también deben ser realizadas por personas con especialización técnica y con imparcialidad.

Igualmente, es preciso evitar el diseño de procesos selectivos que sean trajes a medida para favorecer a personas concretas o colectivos concretos (que, a fin de cuentas, se componen de personas concretas). A tales efectos consideramos necesario que:

- 1.- Respecto de las oposiciones y de la fase de oposición del sistema de concurso-oposición, la ley también debería establecer la prohibición, en los cuestionarios tipo test, de entender superadas las pruebas selectivas de conocimientos teóricos y prácticos con menos del 50 % de las preguntas acertadas.

Resulta esencial asimismo que la ley establezca los mecanismos necesarios para asegurar la imparcialidad del órgano de selección que diseña y elabora las pruebas de conocimientos (teóricas y prácticas) para que las mismas exijan un razonable nivel a los participantes.

2.- En cuanto a la fase de concurso en el sistema de concurso-oposición, concluimos que la ley debería:

- Regular expresamente en qué casos procede el concurso-oposición.
- Fijar expresamente el valor asignable a la fase de concurso en el proceso selectivo global, de manera que no determine el resultado, que nunca podrá superar el 30% de la valoración global.
- Establecer expresamente la prohibición de utilizar los puntos obtenidos en la fase de concurso para entender superada la fase de oposición.
- Fijar unas reglas mínimas sobre baremación de méritos, tales como las siguientes:
 - Atribuir mayor valor en los baremos a los méritos generales, tales como el expediente académico y la superación de exámenes en procesos selectivos de convocatorias anteriores.
 - Imponer la baremación de los méritos que por naturaleza lo son. Así, debe potenciarse la valoración del expediente académico, (al menos no inferior al 10% del baremo, al menos en los procesos selectivos de acceso a los Grupos A1 y A2, o categoría laboral equivalente), e igual sucede con los ejercicios superados en convocatorias anteriores.
 - En los Grupos A1 y A2 (o Categoría laboral equivalente) debería establecerse la obligación de incluir en los baremos la valoración del título de doctor, si se ha obtenido en materia relacionada con la titulación exigida y el programa de temas (Derecho Administrativo, Arquitectura, etc.).
 - En cuanto a la valoración de la experiencia profesional, la ley debería establecer expresamente lo siguiente:
 - Fijar el porcentaje máximo de puntuación atribuible a los servicios prestados, y el deber de respetar la regla del artículo 61.3 EBEP, de manera que se dé a la valoración de méritos *“una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo”*.
 - Establecer con carácter general la no valoración de los servicios prestados como eventual ni en virtud de contrato administrativo.
 - Fijar la prohibición de atribuir mayor puntuación a los servicios prestados en el propio Ente convocante que a los prestados en otros Entes del Sector Público.

- Establecer que los servicios prestados podrán ser valorados si se ha accedido a la situación de interino o laboral temporal por medio de convocatoria pública y con la tramitación de un procedimiento de selección competitivo basado en los principios de mérito y capacidad. En caso contrario, se estaría atribuyendo efectos beneficiosos a una situación que ha sido un privilegio obtenido en desigualdad de condiciones con el resto de los ciudadanos.

- En cuanto a los cursos, la ley debería establecer reglas que aseguren que se trata de cursos con un mínimo de rigor tanto en su contenido como en la efectiva realización por el interesado. La ley debería establecer la prohibición de atribuir distinta puntuación a los cursos de formación en función de la Administración Pública que los imparta.

- En cuanto a las becas, la ley debería establecerse la obligación de incluirlas en los baremos (si están relacionadas con el Cuerpo o categoría de que se trate).

- La ley debería imponer en primer lugar la celebración de la fase de oposición, para evitar riesgos de favoritismo en la elaboración y corrección de las pruebas. Igualmente, la fase de actuaciones complementarias, como las entrevistas, no debería dejarse para el final, pues pueden ser utilizadas para alterar los resultados de las fases previas.

3.- Respecto las pruebas complementarias del artículo 61.5 EBEP (entrevistas, pruebas psicotécnicas, etc.), debe reconocerse que para valorar cualidades de los aspirantes, tales como su capacidad de trabajo en equipo, de iniciativa y de liderazgo, es preciso incorporar pruebas distintas de las tradicionales pruebas de conocimientos, pero entendemos que ello debe ser asegurando la imparcialidad del órgano de selección, puesto que, cuanto más subjetivas y valorativas sean las técnicas, más riesgo de favoritismo y corrupción hay.

En todo caso, dado que, de acuerdo con el artículo 61.5 EBEP, estas pruebas solamente completarán las pruebas de capacidad, la ley debería aclarar expresamente que no serán eliminatorias, excepto en casos excepcionales (como el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) que deberán venir establecidos también por la propia ley (no por decisión del órgano que elabore las bases reguladoras en cada proceso selectivo). Además, la ley debería fijar el porcentaje máximo que podrá alcanzar su valoración, para que no sean determinantes del resultado del proceso selectivo. A tal respecto, es proporcionado entender que su valoración no debería superar un 20 % (o incluso, en el caso de la entrevista, un 10%, de la nota global del proceso selectivo). Y la ley debería exigir también que en las bases reguladoras del proceso selectivo se expresen las competencias específicas que van a ser analizadas y el método para valorarlas.

Por otro lado, y siempre en referencia a los Cuerpos funcionariales y categorías laborales referidos a empleados públicos de carácter general (como los auxiliares administrativos, titulados superiores y medios, que en esencia tienen las

mismas funciones en cualquier Administración Pública o Ente del Sector Público), entendemos que es necesario unificar los procesos selectivos, que se encuentran excesivamente fraccionados, como es el caso de las Entidades Locales, Agencias Administrativas, sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, Consorcios, etc. Y ello porque, a nuestro juicio, este fraccionamiento lesiona el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad al empleo público, ya que se diversifican los procesos selectivos con diferentes temarios, pruebas y configuración para lo que en realidad son necesidades similares o idénticas, así como se tramitan innumerables procesos selectivos que tienen por objeto un escasísimo número de plazas, lo cual dificulta la posibilidad real de concurrir a los diversos procesos selectivos, tan distintos entre sí.

Para poner fin a la citada fragmentación de procesos selectivos concluimos que procedería la realización de procesos selectivos de ámbito estatal o autonómico, de modo que todas las plazas a cubrir (por ejemplo, en el total de Entidades Locales) se acumularan en una sola Oferta de empleo público anual y se tramitara un único proceso selectivo (por la Administración Pública estatal o autonómica), homogeneizándose la preparación de las pruebas selectivas. Este proceso podría consistir en un proceso bifásico similar al de habilitación estatal que ya existe en los Cuerpos de Interventores y Secretarios de los Entes Locales. Así, la primera fase, con pruebas de conocimientos, sería tramitada por el Estado (o, en su caso, Comunidad Autónoma), y en la segunda fase, de concurso para la asignación de los destinos concretos, tendría alguna intervención cada Ente Local afectado.

En particular, entendemos que esta unificación de procesos selectivos no lesionaría en ningún caso la autonomía local, de igual forma que no se entiende lesionada dicha autonomía local por la existencia de habilitación estatal para los Secretarios e Interventores de Ayuntamiento, ni tampoco se entiende lesionada la autonomía universitaria por la existencia de una acreditación nacional para los docentes universitarios. Además, en el caso del fraccionamiento de procesos selectivos, está en juego, como hemos indicado, nada más y nada menos que el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE.

Respecto de las Universidades públicas cabría plantearse un sistema bifásico similar para su personal administrativo y de servicios, al tratarse de un supuesto muy similar al de los Entes Locales, en el bien entendido de que este sistema tampoco lesionaría la autonomía universitaria.

En cuanto a los Organismos Públicos dependientes de las Administraciones Públicas, se debería aclarar y unificar el catálogo de Cuerpos funcionariales y Categorías de personal laboral, de manera que, para la mayoría de sus efectivos de personal, estos Organismos Públicos no tramiten procesos selectivos para cada contratación o nombramiento, sino que tomen los efectivos de personal suministrados por los procesos selectivos de la Administración Pública de la que dependen (estatal, autonómica o local). No tiene sentido que cada Organismo

Público tramite un proceso selectivo para seleccionar, por ejemplo, Titulados Superiores o Auxiliares Administrativos, si la Administración General de la Comunidad Autónoma o la del Estado ya tramitan este tipo de procesos selectivos. Lo que procede, en buena lógica, es que el Organismo Público tome sus efectivos de esos procesos selectivos.

Otra cosa es que el Organismo Público cuente en exclusiva con determinado tipo de personal por razón de especialización técnica, como ocurre con los Inspectores de Hacienda o los Agentes Tributarios, o los Inspectores de Trabajo, que son Cuerpos funcionariales en los que se requieren particulares conocimientos respecto de ramas muy concretas del Ordenamiento Jurídico o de la actividad administrativa, razón que precisamente justifica que se trate de Cuerpos funcionariales distintos de los generales, y que, por tanto, han de tener su propio proceso selectivo (lógicamente, con sometimiento a las reglas expuestas sobre procesos selectivos y composición de los órganos de selección). Pero estos supuestos son excepcionales. Si las funciones pueden ser desempeñadas por los Cuerpos funcionariales o Categorías laborales que operan en la Administración General de la que depende el Organismo Público, a ella se debe acudir.

A similares conclusiones cabe llegar respecto del personal laboral de las sociedades y fundaciones del Sector Público.

Otro de los más graves problemas es la existencia de los procesos de consolidación de empleo temporal, que constituyen un proceso repetitivo, debido a que se generan enormes bolsas de empleo temporal que después presionan para su consolidación por procedimientos menos rigurosos. Por tanto, resulta necesario establecer normas contundentes y bien detalladas que impidan la contratación de personal temporal y su prórroga irregular, fuera de los casos estrictamente necesarios (cuestión que analizamos en el Capítulo VI de esta tesis doctoral).

En relación con la masa que aún subsiste de empleados temporales, entendemos que debería asegurarse que en los procesos de consolidación del empleo público se valore el mérito de los servicios prestados, pero respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Para ello, es preciso disponer de unas reglas legales muy claras y concretas sobre el diseño de estos procesos selectivos, para mantener materialmente su carácter abierto, de manera que la libre concurrencia de los ciudadanos no sea meramente formal. Lo expuesto determina evitar una sobrevaloración excesiva de los servicios prestados por el personal temporal, así como exigir unas pruebas de conocimientos de nivel razonable. Sobre esta base, entendemos que es necesario que:

- La ley prohíba la utilización del sistema de concurso.

- La fase de oposición no sea una mera apariencia. A tales efectos, la ley debe establecer que la fase de oposición sea eliminatoria, prohibir expresamente la aplicación de puntos del concurso para superar la fase de oposición (el "sistema mochila"), y exigir que para superar la fase de oposición será preciso obtener una nota de al menos un 5 sobre 10 en las pruebas de conocimientos y, en particular,

en las pruebas tipo test contestar acertadamente al menos el 50% de las preguntas. También debe prohibir que la fase de oposición pueda consistir en una memoria o en una entrevista. Y debe asegurarse la imparcialidad del órgano que elabora y valora las pruebas de conocimientos (en los términos que se exponen en el Capítulo IV de esta tesis doctoral).

- En cuanto al diseño del baremo de méritos, resulta aplicable lo expuesto a lo largo de estas conclusiones. En particular, entendemos que debería suprimirse la regla de la Disposición Transitoria 4ª EBEP que establece que *“el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria”*, porque una práctica utilizada para favorecer a los empleados temporales es exigir en los exámenes conocimientos sobre programas informáticos cuyo conocimiento no trasciende al exterior, o sobre datos internos que tampoco hay forma de conocer si no se está trabajando en el seno del Ente convocante. Será suficiente con la regla del artículo 61.4 EBEP sobre conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados.

- Además, debería suprimirse la regla de la Disposición Transitoria 4ª EBEP que establece que podrá valorarse, *“el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”*, porque permite dos operaciones contrarias al principio de igualdad: en primer lugar, baremar la antigüedad, sin tener en cuenta que los servicios prestados hayan estado relacionados con el Cuerpo funcional o Categoría laboral a la que se aspira. En segundo lugar, parece que permite atribuir mayor puntuación a la experiencia en el desempeño precisamente de los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, lo cual favorece a quienes los han desempeñado frente a quienes han desempeñado puestos de idéntica naturaleza a aquéllos, pero en otras Administraciones o Entes.

Finalmente, otro de los grandes problemas son los procesos de funcionarización, respecto de los cuales cabe concluir lo siguiente:

- La ley debería asegurar que estos procesos solamente se utilicen en casos en que las funciones desempeñadas por el personal laboral fijo sean atribuidas en exclusiva al personal funcionario por una ley promulgada con posterioridad a la contratación de dichos trabajadores. Así, en el caso de la Administración General del Estado, debe tratarse del personal laboral fijo contratado antes de la Ley 23/1988, y en el caso de las Comunidades Autónomas, contratado antes de la respectiva ley autonómica que haya asignado sus funciones al personal funcionario. Esto determina la necesidad de derogar el tenor literal de la Disposición Transitoria Segunda EBEP, que se refiere al *“personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha”*. El límite temporal habrá de ser muy anterior, salvo que las nuevas leyes autonómicas dictadas con posterioridad al

EBEP aumenten las funciones reservadas al personal funcionario respecto de lo que dispusieron las leyes autonómicas anteriores.

- Asimismo, la ley debería establecer que los trabajadores fijos afectados por la funcionarización concurrirán a los procesos de promoción interna del personal funcionario, concurriendo con éste, en igualdad de condiciones, no a procesos independientes de promoción interna.

- Para evitar la práctica fraudulenta consistente en cubrir puestos de trabajo por personal laboral mediante procedimientos poco rigurosos o incluso al margen de la ley, para después modificar la relación de puestos de trabajo transformando dichos puestos en funcionariales y convocar procesos de funcionarización menos rigurosos que los de acceso libre, la ley debería establecer que solamente procederán los procesos de funcionarización en los casos en que se trate de funciones reservadas por ley en exclusiva al personal funcionario, no en aquellos casos en que la ley aplicable establezca que tales funciones podrán ser desempeñadas por el personal funcionario sin reservárselas en exclusiva.

Finalmente, la ley debería prohibir expresamente que se apliquen los procesos de funcionarización al personal laboral indefinido no fijo, porque el Estatuto de los Trabajadores no les atribuye fijeza, sino que dispone que sus plazas (que son de naturaleza laboral) serán cubiertas por los procedimientos ordinarios.

CAPÍTULO 4

Los órganos de selección: especialización técnica e imparcialidad

SUMARIO:

- 1.- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN
- 2.- REGULACIÓN VIGENTE DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN
 - 2.1.- Legislación básica
 - 2.2.- Legislación aplicable a la Administración General del Estado
 - 2.3.- Legislación autonómica
 - 2.4.- Legislación aplicable a los Entes Locales
 - 2.5.- Legislación aplicable a las Universidades Públicas
- 3.- CARACTERÍSTICAS NECESARIAS DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN
 - 3.1.- Introducción
 - 3.2.- La especialización técnica
 - 3.3.- La imparcialidad
 - 3.3.1.- Modo de designación de los miembros del órgano de selección
 - 3.3.2.- Personas excluidas de los órganos de selección
 - 3.3.3.- Sistema de abstenciones y recusaciones
 - 3.3.4.- El momento de la designación de los miembros del órgano de selección
 - 3.4.- La publicidad de los miembros del órgano de selección
 - 3.5.- Colegialidad
 - 3.6.- Independencia
 - 3.7.- Órganos de selección *ad hoc* y órganos de selección permanentes
 - 3.8.- El secretario del órgano de selección
 - 3.9.- Los expertos que colaboran con el órgano de selección
 - 3.10.- La selección de empleados públicos como potestad pública
- 4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*
 - 4.1.- Mecanismos de garantía de la especialización técnica
 - 4.2.- Mecanismos de garantía de la imparcialidad
 - 4.2.1.- Exclusiones para formar parte de los órganos de selección
 - 4.2.2.- Designación de los miembros por sorteo
 - 4.2.3.- Normas sobre anticorporativismo
 - 4.2.4.- La externalización de los miembros de los órganos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público
 - 4.2.5.- La externalización de los procesos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público
 - 4.2.6.- El nombramiento de expertos
 - 4.2.7.- La negociación colectiva sobre los órganos de selección

1.- RELEVANCIA CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

La configuración de los órganos de selección forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos⁷¹⁶, porque, si no se asegura una determinada configuración de estos órganos, no será posible garantizar que la selección se realice exclusivamente sobre la base de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales requieren la imparcialidad y especialización de tales órganos. Sólo así es posible garantizar que en la selección no se tendrán en cuenta otros criterios que no sean el mérito y la capacidad. Como indica SEVILLA MERINO⁷¹⁷, la cuestión de la composición de los órganos de selección científicamente tiene tanta importancia como el resto de la materia sobre acceso al empleo público, pues de esta cuestión depende “la bondad del sistema”.⁷¹⁸

En este sentido, el propio Informe de la Comisión de expertos encargada de elaborar el EBEP indicó que: “no cabe duda de que una de las claves fundamentales de la credibilidad de todo proceso de selección para el acceso al empleo público gira en torno a la imparcialidad y objetividad de los órganos de selección. Eso significa que su composición debe quedar por completo al margen de toda influencia o interferencia partidaria, gremial o corporativa. Debe, pues, asegurarse al máximo la independencia de actuación de los mismos”. La composición de los órganos de selección es una de las claves del problema de la falta de vigencia efectiva de los principios de mérito y capacidad en la selección de los empleados públicos⁷¹⁹. Y es que la actual regulación no satisface las exigencias de los principios de especialización técnica e imparcialidad, como a continuación se expone, siendo “una de las piezas clave del sistema y una de las más dignas de reconsiderar en profundidad”.⁷²⁰

La cuestión es aún más grave si tenemos en cuenta la negativa de los órganos judiciales a revisar las decisiones de los órganos de selección, basándose en la no revisabilidad de la discrecionalidad técnica, lo cual convierte a los órganos

⁷¹⁶ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 100, y FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 100.

⁷¹⁷ SEVILLA MERINO, I., “La composición de los tribunales de acceso a la función pública propia de las corporaciones locales”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Coord. CLIMENT BARBERÁ, J., y BAÑO LEÓN, J.M^a, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pg., 726.

⁷¹⁸ Como indica FUENTETAJA PASTOR, el mérito y la capacidad, como conceptos jurídicos indeterminados, “pueden ser aplicado a conveniencia por Tribunales nombrados por responsables políticos”. (FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pg. 76).

⁷¹⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 136 y ss.

⁷²⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo, op.cit., pg. 4 y ss.

de selección *de facto* en un auténtico “poder absoluto” e indiscutido.⁷²¹ En efecto, numerosas resoluciones judiciales e incluso el propio Tribunal Constitucional vienen reconociendo que los órganos judiciales no pueden entrar a analizar las decisiones fundamentadas en la denominada “discrecionalidad técnica” de los órganos de selección.

Así, basta citar la STC 353/1993, que indica que “esta doctrina del Tribunal Constitucional, haciendo suya una consolidada doctrina jurisprudencial aplicada por los Tribunales ordinarios, ha tenido ocasión de manifestar que, aunque los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa son ciertamente competentes para enjuiciar la legalidad de la actuación de los órganos juzgadores en las oposiciones o concursos, en modo alguno pueden sustituir a éstos en lo que sus valoraciones tienen de apreciación técnica”.

Sin entrar ahora a valorar la corrección de esta doctrina, lo cierto es que, si la decisión del órgano de selección no es revisable (en cuanto a la parte de discrecionalidad técnica), está claro que es todavía más necesario asegurar la imparcialidad y objetividad de este órgano, ya que su criterio no va a ser revisado por ninguna otra instancia.

Incluso el propio Tribunal Constitucional ha señalado que precisamente lo que permite confiar en la discrecionalidad técnica no revisable de los órganos de selección es su objetividad e imparcialidad. Así, en la sentencia 34/1995, indica que “las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar esa calificación”.

La imparcialidad de los miembros de los órganos de selección es todavía más necesaria cuando se implantan pruebas de selección más modernas, como los test psicológicos o las entrevistas personales, en las que el margen de apreciación y valoración de los órganos de selección es aún mayor. Así, indica FERREIRA FERNÁNDEZ⁷²² que en estos sistemas de selección más flexibles, “la determinación objetiva e imparcial de cual haya de ser la persona que de forma más eficaz puede desarrollar una concreta tarea no va a depender tanto del sistema o proceso que se vaya a seguir en su selección, como, principalmente, de la cualificación técnica y de la imparcialidad de los sujetos responsables de la misma”. Y ello debido a que, frente a sistemas como el concurso de méritos, en que la baremación atribuye un menor margen de discrecionalidad al órgano de selección, en los modernos sistemas de selección, donde no sólo se busca al candidato con más conocimientos técnicos, sino al que tiene mejores aptitudes y actitudes, “la entrevista personal es un elemento clave de la decisión” y, en consecuencia, “el margen de discrecionalidad dejado al Tribunal es mucho mayor”,

⁷²¹ En este sentido, ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 28.

⁷²² FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 97.

motivo por el cual la cualificación técnica y la imparcialidad de sus miembros “son, en última instancia, la única garantía de una decisión acertada, objetiva e imparcial”.

Pues bien, la garantía de la imparcialidad de los órganos de selección no queda suficientemente cubierta con el hecho de exigir que sean técnicos especialistas en la materia ni por el hecho de establecer con carácter general en una ley la obligación genérica y abstracta de respetar los principios de profesionalidad e imparcialidad, sino que es preciso dictar unas normas adicionales para evitar situaciones de “clientelismo político” o de tipo similar. Y hasta el momento no se han dictado estas normas⁷²³. Es cierto que el EBEP, en su artículo 60, supone un avance en la cuestión, pero resulta del todo insuficiente, como ahora veremos.

Existe otra característica sobre la configuración de los órganos de selección, pero que no trae causa del aseguramiento de los citados principios de mérito y capacidad, sino que proviene de la política actual de igualdad de género, y es la paridad de sexo, que afecta a la composición de dichos órganos. Este requisito no está dirigido, por tanto, a la salvaguardia de los citados principios de mérito y capacidad, por lo que no es objeto de estudio en el presente trabajo. Ello en el bien entendido de que los miembros del órgano de selección, aunque en su elección influya el criterio del sexo, siempre deberán reunir los requisitos de especialización técnica e imparcialidad en los términos que aquí se exponen.

Se analiza a continuación la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los órganos de selección y la normativa vigente en la materia, la cual, como se verá, no asegura suficientemente la efectiva vigencia de tales principios. A continuación se expondrá cuál debe ser la configuración de tales órganos para que quede asegurada efectivamente la vigencia de los principios de mérito y capacidad. Y esta configuración no se basa en criterios de oportunidad, sino en la estricta lógica deductiva a partir de los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cuanto a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los órganos de selección es muy clara, señalando que la configuración de estos órganos afecta al derecho fundamental del artículo 23.2 CE, porque la selección ha de realizarse con base en los principios de mérito y capacidad, y para ello es necesario que tales órganos operen con imparcialidad y especialidad técnica. Así resulta de sentencias tales como la 26/1987, 215/1991, 174/1996, 73/1998 y 85/1983, entre otras. Concretamente, la STC 215/1991 analizó el caso en que el recurrente solicitaba amparo constitucional contra la resolución de la Comisión de Reclamaciones de una Universidad sobre la adjudicación de una plaza de catedrático, entendiendo el recurrente que dicha Comisión no estaba integrada por expertos en el área de

⁷²³ Como indica CASTILLO BLANCO, es preciso establecer las garantías para salvaguardar los principios enunciados por la ley (CASTILLO BLANCO, F.A., “Los sistemas de selección...”, op.cit., pg. 180).

conocimientos a que se refería la Cátedra, y que ello vulneraba el derecho del artículo 23.2 CE.

Resulta de interés destacar que, en este caso, el Ministerio Fiscal entendía que la composición de la Comisión “es algo que nada tiene que ver con el derecho de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes. El texto constitucional no impone unas condiciones técnicas determinadas a quienes deben seleccionar a los funcionarios públicos o revisar los criterios igualmente técnicos tenidos en cuenta. La impugnación que ello pudiera ocasionar no puede situarse en el ámbito del artículo 23 de la Constitución, aunque se ponga en relación con el artículo 103.3”. Y ello por entender que, al tratarse de un derecho de configuración legal (“con los requisitos que señalen las leyes”, según el artículo 23.2), corresponde al legislador señalar esos requisitos, de modo que la cuestión de si la composición de los órganos es o no la más adecuada, queda fuera de las exigencias constitucionales del artículo 23.2 CE, según la opinión del Ministerio Fiscal.

Afortunadamente, el Tribunal Constitucional no siguió esta opinión, sino que consideró que “es preciso indagar ahora si las funciones que la Ley atribuye a la Comisión de Reclamaciones producen (...) o no (...) por sí mismas, atendida la composición de tal órgano, la lesión del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 de la Constitución, en cuanto contrarias a los principios de mérito y capacidad que han de regir el acceso a la función pública”. Por tanto, el Tribunal Constitucional deja claro que la composición de los órganos de selección afecta directamente al derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

Por su parte, la STC 85/1983 también señala la necesidad de que la regulación garantice que el nivel de preparación técnica de los miembros sea suficiente para realizar la función seleccionadora. Indica que “el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo”.⁷²⁴

Por tanto, el Tribunal Constitucional exige capacitación técnica de los miembros de las comisiones de selección. Ahora bien, no profundiza o concreta mucho más, aunque sí se hacen referencias más concretas en el caso del profesorado universitario. Así, en las SSTC 26/1987 y 215/1991 ha señalado que en la designación de los miembros de las Comisiones de los concursos para proveer plazas del Profesorado universitario “tiene que darse una homogeneidad real entre el objeto de conocimiento que sirve de base para la configuración de las áreas (de conocimiento) y las plazas a las que corresponda el concurso. Porque lo que en todo caso ha de respetarse en esta materia, por ser exigencia constitucional, es que el acceso a los Cuerpos docentes se regule en condiciones

⁷²⁴ Ver en el mismo sentido las SSTC 215/1991 y 174/1996.

de igualdad (artículo 23.2 de la C.E.) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. Y, para que los órganos de selección en la función pública docente estén especializados, es preciso que estén integrados por personas especializadas en la materia propia de la plaza objeto de selección”.

También en la STC 235/2000 se indica que “el derecho fundamental ex artículo 23.2 CE, puesto en relación sistemática con el inciso segundo de su artículo 103.3, impone la necesidad de que el acceso a las funciones y cargos públicos se haga de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (SSTC 75/1983, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 215/1991 y 353/1993), a cuyo efecto, y «en íntima conexión con esta configuración de tal derecho fundamental, hemos afirmado que el discernimiento de esa idoneidad de los aspirantes a una plaza en la función pública ha de corresponder exclusivamente a órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo» (STC 174/1996, de 11 de noviembre, FJ 2). Es ésta una doctrina que se corresponde con la sentada, entre otras, en las SSTC 85/1983, FJ 8, y 215/1991, de 14 de noviembre, FFJJ 3, 4 y 5”. También la STC 73/1998 señala que “la igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a las funciones públicas tiene, por otra parte, un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo, tales como la necesidad de un órgano de evaluación técnicamente capacitado, SSTC 215/1991 y 174/1996”.

También, como no podía ser de otra manera, el Tribunal Constitucional alude a la necesaria imparcialidad de los órganos de selección, indicando en la STC 85/1983 que es necesario que su regulación garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre sin ceder a consideraciones externas.

Por tanto, el Tribunal Constitucional ha señalado expresamente, como bases imprescindibles para la configuración legal de los órganos de selección, la imparcialidad y la especialización técnica.

Sin embargo, la STC 235/2000 indica que, tanto los medios de acreditación de los méritos que pueden aducirse en los concursos, como la composición de las Comisiones o Tribunales de valoración, no son cuestiones que necesariamente hayan de venir previstas en norma con rango de ley, aunque siempre debe respetarse el artículo 23.2 CE. En el mismo sentido se pronuncia la STC 174/1996. Sorprende que no se incluya en la reserva de ley que afecta al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad al empleo público la regulación de los órganos de selección, al menos con una razonable concreción de los principios de especialización técnica e imparcialidad. Así, el respeto a los principios de mérito y capacidad requiere asegurar la vigencia de aquellos dos principios afectantes a la configuración de los órganos de selección, siendo preciso que la ley disponga algo más que la mera previsión de dichos principios.

Sin embargo, la STC 83/1985 señaló lo siguiente: "La cuestión es si una concreta instrumentación de la publicación de la convocatoria o una regulación

detallada de la composición de las Comisiones Seleccionadoras, actos integrados en un sistema de selección para el ingreso en la función pública, es algo que pertenece a la definición de lo básico, de modo que exija una regulación generalizada y uniforme para todo el conjunto de las Administraciones Locales. Se cita por el Abogado del Estado el artículo 103.1 y 3 de la C. E., y enlazados con ésta cita los artículos 23.2, 139.1, 149.1.1 y 149.1.18, para defender que una concreta forma de publicidad -la que incorpora el «Boletín Oficial del Estado»- como instrumento básico y un esquema uniforme de composición de los tribunales que juzgan el acceso a la función pública local, sirve a los principios que proclama el artículo 103.1 (el de objetividad) y 3 (mérito y capacidad) y realiza los postulados de igualdad (artículo 23.2 CE) y el tratamiento común para todos los españoles (artículo 149.1.18 CE, entre otros).

Que el artículo 103 CE es aplicable a todas las Administraciones Públicas es algo que no puede ponerse en cuestión, más de ello no puede colegirse -pues no es ésta la misión del precepto- que sus exigencias (o las de los otros preceptos) comportan un determinado esquema uniforme de las Comisiones seleccionadoras o un determinado sistema de publicación. Será preciso que el régimen de tales Comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas, y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora (...), mas dentro de estas coordenadas cabe más de una respuesta a la hora de reglamentar la composición de las Comisiones, a las que se encomienda un papel principal en el procedimiento de ingreso en la Función Pública".⁷²⁵

Esta argumentación parece dejar un gran margen de maniobra al legislador, incluso al reglamento sin exigir amplias predeterminaciones en la ley. Sin embargo, el propio EBEP ha introducido determinadas coordenadas en su artículo 60.2, donde se concretan aspectos como la exclusión de determinadas personas o colectivos, que van más allá de la mera enunciación de los principios.

2.- REGULACIÓN VIGENTE DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

2.1.- Legislación básica

Tras la promulgación de la Constitución se dictó la Ley 30/1984, que en su artículo 19.2 trataba de los órganos de selección, pero este artículo ni siquiera tuvo el carácter de básico. Esto da una idea del trato legislativo que han recibido los

⁷²⁵ Sobre la base de estos razonamientos, la citada STC 85/1983 consideró que el Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, por el que se simplifica el procedimiento para ingreso en la Función Pública Local, en cuanto a sus reglas sobre composición de órganos selectivos y forma de las publicaciones, no regulaba materia básica reservada a la competencia exclusiva del Estado.

órganos de selección, cuyo régimen no ha sido considerado como básico ni siquiera en sus puntos esenciales. Este defecto sí ha sido paliado en parte por la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, que se refiere a los órganos de selección en sus artículos 55 y 60. Pero sólo ha sido paliado en parte, porque sus previsiones carecen de la necesaria concreción que se requiere para el aseguramiento de los principios de mérito y capacidad.

Así, el EBEP dispone en su artículo 55, relativo a los principios rectores del acceso al empleo público, que las Administraciones Públicas, Entidades y Organismos a que se refiere el artículo 2 de dicho Estatuto seleccionarán a su personal funcionario y laboral mediante procedimientos en los que se garanticen los principios, entre otros, de *“transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección e independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección”*. Estos principios es preciso, obviamente, que figuren en la letra de la ley, pero son, sin embargo, cláusulas generales que, para su efectiva aplicación, necesitan de previsiones de mayor concreción que eviten la arbitrariedad o desviación de poder por parte de los poderes públicos. Y, por desgracia, tales previsiones concretas y específicas no existen en la legislación vigente.

Y es que el EBEP solamente dispone en su artículo 60 que *“1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre. 2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección. 3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*.

Como puede observarse, el EBEP reconoce expresamente los requisitos de imparcialidad y especialización profesional, pero no aclara expresamente cuál es el procedimiento para elegir y designar a estos miembros, por lo que no se asegura efectivamente que los designados sean realmente imparciales y especializados. Una de las razones formales que podría argumentarse para justificar esta ausencia de regulación detallada en el EBEP es su carácter de normativa básica, que le impide alcanzar una exhaustividad tal que impida a las Comunidades Autónomas realizar un desarrollo normativo de tales previsiones. Sin embargo, el EBEP podría haberse extendido más sin lesionar esta facultad normativa de desarrollo de las Comunidades Autónomas, como a continuación se expone.

Debe hacerse una referencia a los órganos de selección de las sociedades y fundaciones del Sector Público, que también deben cumplir con el principio de imparcialidad y profesionalidad, ya que, según la Disposición Adicional 1ª EBEP, les resulta aplicable el artículo 55.2.c) EBEP, que establece estas exigencias. Y ello aunque sus órganos de selección no sean órganos administrativos.⁷²⁶ Sin

⁷²⁶ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 110.

embargo, no se les aplica el artículo 60, según dicha Disposición Adicional 1ª, de manera que ni siquiera se les aplica directamente la elemental regla sobre personas excluidas para formar parte de los órganos de selección. Carece de toda lógica jurídica establecer que los órganos de selección de estas Entidades han de ser imparciales, y no obligarles a respetar las reglas del artículo 60 EBEP, que son un mínimo imprescindible para que pueda existir imparcialidad.

En todo caso, la situación actual, derivada del sistema de fuentes vigente, se compone de una auténtica constelación casi infinita de normativas sobre órganos de selección. Y es que, como indican CASTILLO BLANCO e ILDEFONSO HUERTAS⁷²⁷, el ejercicio de la competencia de autoorganización de las múltiples Administraciones Públicas (estatal, autonómica, locales...) ha dado lugar a una gran variedad de regulaciones jurídicas sobre la configuración de los órganos de selección, resultando necesario “unificar criterios en torno a qué debe entenderse por principio de especialidad e imparcialidad en la configuración de los órganos de selección”.

Así, el requisito de imparcialidad y especialización técnica de los órganos de selección es pacífico en la doctrina⁷²⁸, siendo lo problemático determinar “la concreción de dicha exigencia tanto a nivel abstracto como de manera concreta en cada convocatoria pública”. La legislación vigente ya reconoce explícitamente la vigencia de estos requisitos (baste ver los artículos 55.2.c y 60.1 del EBEP), pero se limita a este reconocimiento abstracto. En efecto, volvemos a encontrarnos aquí con la cuestión de concretar conceptos jurídicos indeterminados o muy abstractos, en este caso la imparcialidad y la especialización técnica, de manera que tales principios cuenten con una serie de mecanismos concretos que aseguren su efectiva vigencia. Sobre lo expuesto cabe señalar que:

a) Estos mecanismos no son de gran variabilidad, sino que, a través de la estricta lógica deductiva, se derivan con claridad de tales conceptos de imparcialidad y especialización técnica.

b) Tales mecanismos no están recogidos con suficiente detalle y garantía en la normativa vigente.

Como indica FONDEVILA ANTOLÍN⁷²⁹, la regulación básica de los órganos de selección fue uno de los caballos de batalla en la tramitación del EBEP, y una cuestión necesitada de regulación especialmente por la situación acaecida en el ámbito de las Corporaciones Locales, donde estos órganos han sido puestos en

⁷²⁷ CASTILLO BLANCO, F.A. e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “El control del ejercicio de la discrecionalidad en materia de oposiciones y concursos”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003, pg. 69 y ss.

⁷²⁸ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pg. 100, ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, op. cit., pg. 9 y ss., e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los órganos de selección en el empleo público”, *JA*, 2001, nº. 12, pg. 28 y 33 y ss.

⁷²⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 121.

sería tela de juicio, en el seno de un manifiesto contexto de clientelismo político y personal. Como a continuación se expone, la doctrina ha venido denunciando la inconstitucionalidad de las normas sobre órganos de selección que se contienen en el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local no comprendidos en el artículo 92.3 de la Ley 7/1985, es decir, los que no son funcionarios con habilitación estatal.

También la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, dispone que “en el ámbito de cada servicio de salud se regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, que serán de naturaleza colegiada y actuarán de acuerdo con criterios de objetividad, imparcialidad, agilidad y eficacia. Sus miembros deberán ostentar la condición de personal funcionario de carrera o estatutario fijo de las Administraciones públicas o de los servicios de salud, o de personal laboral de los centros vinculados al Sistema Nacional de Salud, en plaza o categoría para la que se exija poseer titulación del nivel académico igual o superior a la exigida para el ingreso. Les será de aplicación lo dispuesto en la normativa reguladora de los órganos colegiados y de la abstención y recusación de sus miembros”. Obsérvese que, a diferencia del EBEP, esta ley sí aclara algunos criterios concretos sobre la especialización técnica de los miembros de los órganos de selección.

En definitiva, y siguiendo a ILDEFONSO HUERTAS⁷³⁰, destaca el “escaso esfuerzo realizado por el legislador del Estado por afinar, desarrollar y reforzar el principio de especialidad”. Y es que, a la vista de lo expuesto, y tal y como indica VIVERO SERRANO⁷³¹, es necesaria una normativa estatal y autonómica más concreta y de detalle, “que impida a cualesquiera bases de convocatorias desconocer este principio de relevancia constitucional”.

2.2.- Legislación aplicable a la Administración General del Estado

El EBEP ha dejado vigente el artículo 19.2 de la Ley 30/1984, que dispone que “el Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. En ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”.

⁷³⁰ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 382.

⁷³¹ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 107.

En desarrollo de la citada Ley 30/1984, la Administración General del Estado cuenta, para sus procesos selectivos, con lo dispuesto en el Real Decreto 364/1995, que dispone lo siguiente para la selección de funcionarios:

“Artículo 10. Son órganos de selección los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección.

Artículo 11. Los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en cada orden de convocatoria (...). Estarán constituidos por un número impar de miembros, funcionarios de carrera, no inferior a cinco, debiendo designarse el mismo número de miembros suplentes y en su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. La totalidad de los miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate.

Artículo 12. 1. A las Comisiones Permanentes de Selección se encomienda el desarrollo y la calificación de las pruebas selectivas para el acceso a aquellos Cuerpos y Escalas en los que el elevado número de aspirantes y el nivel de titulación o especialización exigido así lo aconseje.

2. Las Comisiones Permanentes de Selección se establecerán por Orden del Ministerio de Administraciones Públicas, previo acuerdo, en su caso, con el Departamento a que estén adscritos los Cuerpos o Escalas objeto de selección.

3. Las Comisiones Permanentes de Selección estarán constituidas por un número impar de miembros, funcionarios de carrera, con nivel de titulación igual o superior al del Cuerpo o Escala en cuya selección vayan a intervenir, que serán designados libremente de acuerdo con lo previsto en la Orden ministerial por la que se creen tales comisiones y en su composición se velará por el cumplimiento del principio de especialidad. (...)”

Por su parte, el artículo 13 del citado Real Decreto contiene dos previsiones excluyentes:

- *“Los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo o Escala objeto de la selección, salvo las peculiaridades contenidas en las normas específicas a que se refiere el artículo 1.2 de este Reglamento”.* (Personal docente, investigador, sanitario y de los servicios postales y de telecomunicación, etc., que se rigen por sus normas específicas). Esta previsión reproduce lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 30/1984, y, como indica ESCUÍN PALOP⁷³², su objeto es paliar la situación histórica de corporativismo y la endogamia provocada por el control de los procesos selectivos por los propios Cuerpos de Funcionarios. Por su parte, MARTÍN MORENO⁷³³ considera imprescindible la aplicación de esta regla al proceso de selección de docentes en la Universidad, por entender que la

⁷³² ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 167 y ss.

⁷³³ MARTÍN MORENO, J.L., *El Derecho fundamental...*, op.cit., pg. 12.

composición multicorporativa de los tribunales de selección de docentes universitarios sería una gran aportación para la objetividad en este ámbito.

- *“No podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria”.* Esta norma tiende también a salvaguardar la imparcialidad.

El citado Real Decreto añade que *“los Tribunales y las Comisiones Permanentes de Selección podrán disponer la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas”.*

Finalmente, el mencionado Real Decreto establece que el deber de abstención de los miembros de los órganos de selección conforme al artículo 28 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el derecho de los aspirantes a recusarlo. Esta previsión reglamentaria es totalmente innecesaria, pues lo en ella expuesto resulta de la propia Ley 30/1992, pero a efectos “disuasorios” puede tener su utilidad que figure en este Real Decreto lo que es obvio.

En cuanto al principio de especialidad, las previsiones del citado Real Decreto 364/1995 contribuyen a garantizar dicho principio, en la medida en que exige que en los órganos de selección de funcionarios todos sus miembros sean también funcionarios públicos y además tengan un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate. Sin embargo, no establece expresamente si dichos miembros han de ocupar plazas de Cuerpos o Escalas de igual o superior nivel al del puesto que se convoca, ni si la titulación ha de ser en el mismo área de conocimientos que los necesarios para ocupar la plaza convocada.

En cuanto se refiere al principio de imparcialidad, nada podemos decir sobre las previsiones reglamentarias tendentes a garantizar la vigencia del principio de imparcialidad, ya que no existen. El hecho de que los miembros del órgano de selección sean funcionarios con especialización técnica afecta al principio de especialización técnica, pero ha faltado regular su modo de designación, ya que, al final, acaban siendo libremente elegidos por el Poder Ejecutivo. En efecto, incluso para las Comisiones Permanentes de Selección el citado Real Decreto señala expresamente que sus miembros serán designados libremente. Lógicamente, esta forma de designación de los integrantes de los órganos de selección no es compatible con el principio de imparcialidad. Así, un funcionario puede ser elegido por su afinidad política o personal con la autoridad que convoca el proceso selectivo.

2.3.- Legislación autonómica

Se expone a continuación un resumen de la normativa dictada por las Comunidades Autónomas sobre los órganos de selección de su personal, limitado a destacar aquellos aspectos relevantes a los efectos del presente trabajo. En todo caso, puede adelantarse que la mayoría de las leyes autonómicas son muy parcas en la materia, remitiéndose al nivel reglamentario, con la consiguiente deslegalización de la materia y merma de las garantías de los ciudadanos. Además, al tratarse, en su mayoría, de leyes anteriores al EBEP, recogen previsiones contrarias al mismo, tales como la designación de miembros de los órganos de selección por las organizaciones sindicales. Finalmente, dichas leyes autonómicas poco añaden a lo que la normativa estatal ya establecía para la Administración General del Estado (en la Ley 30/1984 y el Real Decreto 365/1995).

1.- Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía se limita a establecer que la comisión de selección será designada en la convocatoria, y estará integrada por personas, funcionarios o no, idóneas para enjuiciar los conocimientos y aptitudes exigidos, y que, en todo caso, habrán de poseer titulación académica igual o superior a la exigida a los candidatos y que sea del área de conocimientos necesaria para poder enjuiciarlos. También prevé la posibilidad de la colaboración de asesores especialistas.

El Decreto 2/2002, de 9 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, añade que no podrán formar parte de los órganos de selección aquellas personas, funcionarios o no, que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria.

2.- Comunidad Autónoma de Aragón

El Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, establece que dos de los miembros que componen el órgano de selección serán propuestos por las organizaciones sindicales con representación en la Diputación General de Aragón.⁷³⁴ Todos los miembros habrán de pertenecer a grupo al que corresponda titulación de igual o superior nivel académico al exigido en la respectiva convocatoria y, como mínimo, en tres de ellos deberá corresponder al área de conocimientos específicos comprendidos en el programa de las pruebas selectivas.

⁷³⁴ La designación o propuesta por los sindicatos de miembros de los órganos de selección ha quedado claramente prohibida tras la promulgación del EBEP.

3.- Comunidad Autónoma de Asturias

La ley 3/1985, de 26 de diciembre, de Ordenación de la Función Pública de la Administración del Principado de Asturias, nada dice expresamente sobre la composición de los órganos de selección, que se regula a nivel reglamentario en el Decreto 68/1989, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Selección e ingreso de Personal de la Administración del Principado de Asturias. Dicho reglamento establece que en la composición del Tribunal se observará el principio de especialidad, debiendo al menos la mitad más uno de sus miembros poseer una titulación correspondiente a las áreas de conocimiento exigidas para participar, y la totalidad de ellos igual o superior nivel académico. En ningún caso podrá estar integrado exclusivamente por personal en activo perteneciente al mismo Cuerpo, Escala o Categoría de las plazas que se convoquen.

El Presidente del órgano de selección será designado de entre personal perteneciente a la Administración del Principado, salvo que circunstancias especiales aconsejen que el nombramiento recaiga en persona ajena. Dos Vocales se designarán, a propuesta de la Escuela Regional de Administración Pública, indistintamente entre funcionarios de la Administración del Principado, de Cuerpos Docentes Oficiales, miembros de Colegios Profesionales o de Cuerpos Profesionales Específicos.⁷³⁵ El tercer Vocal será designado a propuesta del Órgano de representación sindical respectivo.⁷³⁶

4.- Comunidad Autónoma de Baleares

La Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dispone que dos de los principios informadores del acceso a la función pública son la especialización y la profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, por un lado, y la garantía de la independencia del órgano de selección y de la imparcialidad de cada uno de sus miembros, por otro lado. También establece que los cargos de naturaleza política y el personal eventual de la administración no pueden formar parte de los órganos de selección. Y tampoco pueden formar parte de los mismos los representantes de las empleadas y de los empleados públicos, sin perjuicio de las funciones de vigilancia y control del buen desarrollo del procedimiento selectivo. Por otra parte, añade que cuando el número elevado de aspirantes o el nivel de titulación o

⁷³⁵ Cuando se trate de cubrir plazas de la Escala de Facultativos y Especialistas Sanitarios del Cuerpo de Técnicos Superiores o de personal laboral facultativo sanitario de los Servicios de Salud Mental y Hospitales dependientes de la Comunidad Autónoma, los vocales del Tribunal serán los siguientes: dos vocales designados a propuesta de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Salud, dos vocales designados a propuesta de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, un vocal designado a propuesta de la Comisión Nacional de la Especialidad correspondiente o, de no existir, de sociedades de carácter científico o colegios profesionales, un funcionario de cuerpo docente oficial de facultad universitaria, de la especialidad correspondiente a la plaza convocada, y un vocal designado por el Órgano de Representación del personal.

⁷³⁶ La designación o propuesta por los sindicatos de miembros de los órganos de selección ha quedado claramente prohibida tras la promulgación del EBEP.

especialización exigido lo aconseje, pueden constituirse comisiones permanentes de selección, cuya composición y funcionamiento se regularán reglamentariamente.

5.- Comunidad Autónoma de Canarias

La Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, establece que el órgano de selección es designado en la convocatoria, y estará integrado por personal al servicio de las Administraciones Públicas, capacitado para enjuiciar los conocimientos y aptitudes exigidos y que, en todo caso, habrán de poseer titulación académica igual o superior a la exigida a los candidatos y que sean del área de conocimiento necesaria para poder enjuiciarlos y no estarán formados mayoritariamente por miembros de los Cuerpos objeto de las pruebas. Prevé también que los Tribunales de selección puedan incorporar a sus trabajos asesores especialistas, indicando que éstos tendrán voz pero no voto. Aclara también esta ley que ante los Tribunales tendrán representación las Centrales Sindicales de mayor implantación y representatividad en el territorio de la Comunidad Autónoma, pudiendo recabar información de los Tribunales y hacer constar, en su caso, cualquier cuestión que afecte al procedimiento de selección.

6.- Comunidad Autónoma de Cantabria

Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública Ley cántabra 4/1993, de 1 de abril, se limita a establecer, en su artículo 41, modificado por la ley 4/2003, que el Consejo de Gobierno regulará la composición y funcionamiento de los órganos de selección, en los cuales existirá representación sindical, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos y la agilidad del proceso selectivo sin perjuicio de su objetividad. Y establece la regla anticorporativista de que en ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar.

7.- Comunidad Autónoma de Castilla y León

Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, establece en su artículo 47 que por Decreto de la Junta de Castilla y León se regulará la composición y funcionamiento de los órganos para la selección del personal, garantizando la especialización de sus integrantes, añadiendo que se garantizará la presencia de al menos un representante del personal en los órganos de selección. La composición y el nombramiento de los órganos de selección deberá efectuarse en la Orden de convocatoria de los procedimientos selectivos y sus miembros deberán pertenecer a un Cuerpo o Escala para cuyo ingreso se requiera titulación igual o superior a la exigida a los candidatos. También recoge la conocida regla anticorporativista de que los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios de los Cuerpos o Escalas a los que se refiera el procedimiento selectivo, salvo las peculiaridades del personal docente e investigador.

8.- Comunidad Autónoma de Castilla la Mancha

Esta Comunidad Autónoma se rige por la reciente Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, una de las pocas leyes autonómicas dictadas con posterioridad al EBEP. En su artículo 49 dispone que todos los miembros del órgano de selección serán *“personal funcionario de carrera o personal laboral fijo de cualquier Administración pública y con un nivel de titulación académica igual o superior al exigido para el ingreso, procurándose su especialización en función del contenido de los correspondientes programas”*, añadiendo que *“la composición de los órganos de selección debe ajustarse a los principios de imparcialidad, especialización y profesionalidad de sus miembros. (...) En ningún caso pueden formar parte de los órganos de selección: a) El personal de elección o de designación política, b) El personal funcionario interino o laboral temporal, c) El personal eventual, d) Las personas que, en los cinco años anteriores a la publicación de la convocatoria correspondiente, hayan preparado a personas aspirantes para el acceso al cuerpo, escala, especialidad o categoría profesional objeto de la convocatoria”*.

También, trasladando lo dispuesto en el EBEP, establece que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse esta en representación o por cuenta de nadie”*. Por otra parte, aclara el papel de las organizaciones sindicales, señalando que las que formen parte de las mesas de negociación correspondientes *“recibirán información sobre el desarrollo de los procesos selectivos”*. Y también prevé la posibilidad de que los órganos de selección incorporen *“a sus trabajos de asesores especialistas para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias. Dichos asesores colaborarán con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas”*.

Puede destacarse que por Orden de 3 de marzo de 2010, de la Consejería de Administraciones Públicas y Justicia se creó la Comisión Permanente de Selección, como el órgano colegiado encargado de la realización de los procesos selectivos para ingreso en los Cuerpos Ejecutivo, especialidad Administrativa, y Auxiliar, y en las categorías profesionales de ordenanza y personal de limpieza y servicios domésticos, de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En cuanto a su composición, poco aporta al principio de imparcialidad, ya que establece que el nombramiento de las personas que formen parte de la Comisión corresponde a la persona titular de la Dirección General competente en materia de Función Pública, a propuesta de la persona titular de la Dirección de la Escuela de Administración Regional. Otra cosa es que se requiera una cierta especialización al disponer que quienes compongan la Comisión deberán ser empleados y empleadas de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con una relación de servicios de carácter permanente, con un nivel de titulación igual o superior al del cuerpo, escala o categoría profesional en cuya selección vayan a intervenir y con experiencia en la realización de procesos selectivos. Pero la designación dentro de este colectivo es

libre por parte de la Administración, por lo que puede nombrar personas susceptibles de clientelismo político o amiguismo (aún respetándose las exclusiones del artículo 49 de la propia ley autonómica). Igual sucede con las unidades colaboradoras que la cita Orden prevé para el caso de procesos con numerosos aspirantes, en cuyo caso solamente se dispone que sus miembros “serán nombradas por la persona titular de la Dirección de la Escuela de Administración Regional”, es decir, libremente por la Administración.

9.- Comunidad Autónoma de Cataluña

El Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un Texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública, establece que debe garantizarse la idoneidad y la profesionalidad de sus miembros, en cuanto al conocimiento del contenido funcional de los puestos que se convocan, de las técnicas de selección y de las materias objeto de las pruebas, y de forma que se agilicen los procesos selectivos. Añade que se garantizará la presencia en los tribunales u órganos técnicos de selección de funcionarios con conocimientos especializados sobre el contenido de los puestos de trabajo que se seleccionan. También pueden establecerse órganos permanentes de selección, en los cuales se garantizará igualmente la presencia de funcionarios idóneos. Además, dispone que en todos los órganos encargados de la selección habrá un miembro en representación de la Escuela de Administración Pública, así como un representante del órgano competente en materia de normalización lingüística, en calidad de asesor, con voz pero sin voto. No pueden formar parte de los órganos de selección los funcionarios que han impartido cursos o trabajos para la preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los dos años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria.

10.- Comunidad Autónoma de Extremadura

El Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Extremadura, no establece expresamente los principios de especialidad e imparcialidad. Es el Decreto 201/1995 el que regula la cuestión, disponiendo que los miembros de los órganos de selección son nombrados en cada orden de convocatoria, que los Tribunales de Selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes a la misma Especialidad objeto de la selección, salvo las peculiaridades del personal docente, investigador y sanitario, y que en la composición de los órganos de selección se procurará que la mayoría de los miembros y observadores sindicales acrediten un perfil profesional, administrativo o académico que sea acorde con las características funcionales de los puestos objeto del proceso de selección. Asimismo, la totalidad de sus miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate.

Finalmente, establece que podrán, a iniciativa de cada Central Sindical, estar presentes en los Tribunales durante la totalidad del proceso selectivo, en calidad de observadores, un representante de cada una de las Centrales Sindicales que ostente representación en el ámbito de la Función Pública de la Junta de Extremadura

11.- Comunidad Autónoma de Galicia

El Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, en su artículo 34 se limita a establecer que los tribunales que juzguen las pruebas selectivas no podrán estar compuestos mayoritariamente por personal funcionario de los Cuerpos o Escalas de que se trate, y que ninguna persona integrante tendrá titulación inferior a la exigida para la admisión a las pruebas. Por su parte, el Decreto 95/1991, por el que se aprueba el Reglamento de selección del personal de la Administración de la Comunidad Autónoma de Galicia, dispone que en cada orden de convocatoria se nombrará al órgano de selección, uno de cuyos miembros será designado por las organizaciones sindicales presentes en la mesa sectorial respectiva⁷³⁷, y otro será propuesto por la Escuela Gallega de la Administración Pública. Los órganos selectivos no podrán estar compuestos mayoritariamente por funcionarios de los Cuerpos o Escalas de que se trate, y ningún miembro tendrá titulación inferior a la exigida para ser admitido a las pruebas. Se prevé la posibilidad de incorporar asesores especialistas sin voto.

12.- Comunidad Autónoma de Madrid

La Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, establece que la composición de los órganos técnicos de selección se anunciará en cada convocatoria, y que se garantizará la idoneidad de las personas integrantes de los tribunales u órganos técnicos de selección para enjuiciar los conocimientos y aptitudes en relación a los puestos de trabajo a desempeñar. Los miembros de los tribunales podrán no ser personal de la Comunidad, pero deberán poseer la mitad más uno de aquéllos, al menos, la titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida a los candidatos para el ingreso; y la totalidad de los miembros del tribunal titulación de igual o superior nivel académico. Se prevé la posibilidad de incorporar asesores especialistas.

A nivel reglamentario se han añadido algunos requisitos más. Así, la Orden 1285/1999, de 11 de mayo, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban instrucciones relativas al funcionamiento y actuación de los Tribunales de selección en el ámbito de la Administración de la Comunidad de Madrid, añade que los Tribunales de selección tendrán la composición que se establezca en el Acuerdo sobre condiciones de trabajo de personal funcionario y en el Convenio Colectivo para el personal laboral que se encuentren en cada caso vigentes.

⁷³⁷ La designación o propuesta por los sindicatos de miembros de los órganos de selección ha quedado claramente prohibida tras la promulgación del EBEP.

En el supuesto de Tribunales de selección para el acceso a personal funcionario, la totalidad de sus miembros deberán ostentar la condición de funcionario de carrera, no necesariamente de la Comunidad de Madrid. Asimismo, los Tribunales no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo, Escala o Especialidad objeto de la selección. Los Tribunales para el ingreso en Categorías laborales podrán estar integrados por funcionarios de carrera o personal laboral fijo de las diferentes Administraciones Públicas.

En aquellos casos en los que así se establezca en las correspondientes bases de convocatoria, los Tribunales de Selección podrán estructurarse a través de un Tribunal Coordinador y dos o más Juntas Especializadas. En este supuesto, el Tribunal Coordinador estará compuesto por el Presidente, el Secretario y un Vocal designados por la Administración y tres Vocales designados, en su caso, a propuesta de las Organizaciones Sindicales⁷³⁸, y las Juntas Especializadas estarán formadas por tres Vocales, con formación específica en las materias que correspondan en cada supuesto, designados por la Administración (de manera que para cada Escala, Especialidad o Categoría el Tribunal estará formado por el Tribunal Coordinador y la Junta Especializada que corresponda).

Debe destacarse, por la regulación que contiene, el artículo 8 del Acuerdo Sectorial para el Personal Funcionario de Administración y Servicios de la Administración General de la Comunidad de Madrid y sus Organismos Autónomos para los años 2004-2007, que dispone que en los procesos selectivos de los funcionarios de carrera:

- La designación del 70% de los miembros del Tribunal de selección, entre los que se incluirán Presidente y Secretario, se efectuará mediante un sorteo celebrado ante notario, de entre los propuestos por los siguientes órganos y Entidades: Secretarías Generales Técnicas de las Consejerías de la Administración de la Comunidad de Madrid, Departamentos y/o Unidades correspondientes de la Administración General del Estado y de la Administración Local, y Universidades Públicas y/o Administración Educativa.

- La Dirección General de Función Pública solicitará un número suficiente de propuestas a los órganos y Entidades mencionados que sumarán un mínimo de 50 candidatos

- La designación de los vocales correspondientes al 30% restante de los miembros del Tribunal se efectuará mediante un sorteo celebrado ante Notario, de entre los propuestos por las Organizaciones Sindicales legitimadas para negociar este Acuerdo.⁷³⁹ Cada una de las propuestas remitidas comprenderá como máximo 10 candidatos, de los cuales sólo el 40% podrá pertenecer al Cuerpo,

⁷³⁸ Tras la promulgación del EBEP esta intervención sindical queda claramente prohibida.

⁷³⁹ La designación o propuesta por los sindicatos de miembros de los órganos de selección ha quedado claramente prohibida tras la promulgación del EBEP.

Escala, Especialidad o Categoría Profesional que sea objeto de la convocatoria. La Dirección General de la Función Pública solicitará a éstas un número suficiente de propuestas que en su conjunto sumarán, al menos, 20 candidatos.

Como puede observarse, tras el estudio de dicho Acuerdo, resulta loable la utilización del sistema del sorteo, si bien mermado por el modo en que se determinan las personas que pueden participar en el sorteo, siendo la propia Administración y los Sindicatos los que determinan la lista de participantes en dicho sorteo. El procedimiento parece más garantista de la imparcialidad de los miembros del órgano de selección porque se utiliza la técnica del sorteo, pero, en último término, los miembros son elegidos por la Administración y los Sindicatos, porque son ellos los que determinan las personas que pueden participar en el sorteo.

13.- Comunidad Autónoma de Murcia

El Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, dispone que se garantizará la idoneidad de las personas integrantes de los tribunales u órganos técnicos de selección para enjuiciar los conocimientos y aptitudes en relación a los puestos de trabajo a desempeñar. Podrán ser funcionarios o no, pero deberán poseer, al menos, la mitad más uno de sus miembros, una titulación académica correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida a los candidatos para el ingreso, y la totalidad de los mismos de igual o superior nivel académico. Se prevé la posibilidad de incorporar asesores especialistas. Siempre que se garantice la idoneidad de sus componentes, los tribunales u órganos técnicos de selección no se integrarán mayoritariamente por miembros de los Cuerpos o Escalas de funcionarios y Categorías laborales de cuya selección se trate.

14.- Comunidad Autónoma de Navarra

Respecto a la Comunidad Autónoma de Navarra, el Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra, no contiene disposiciones referidas a la composición de los órganos de selección.

15.- Comunidad Autónoma de la Rioja

La Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja establece se limita a establecer que por Decreto del Consejo de Gobierno se aprobará la composición y funcionamiento de los órganos para la selección del mismo personal, garantizando la especialización de los integrantes de los órganos selectivos.

16.- País Vasco

Por su parte, Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, establece el principio de especialidad en la composición de los órganos de selección, especificando que al menos la mitad de los miembros del tribunal

deberán poseer una titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida para el ingreso, y la totalidad de los mismos de igual o superior nivel académico. En todo caso, en los tribunales figurará un representante designado por el Instituto Vasco de Administración Pública y otro del personal, designado por la representación sindical.⁷⁴⁰ Se prevé la posibilidad de incorporar asesores especialistas.

17.- Comunidad Autónoma de Valencia

Esta Comunidad Autónoma cuenta con una nueva ley dictada tras la entrada en vigor del EBEP, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana. Sin embargo, esta ley más bien se limita a recoger las escasas previsiones del EBEP y añadir las clásicas normas sobre titulación de los miembros de los órganos selectivos.

Así, dispone que se tratará de órganos colegiados de carácter técnico, y que deberá garantizarse la imparcialidad de sus miembros, así como su idoneidad y profesionalidad en cuanto al conocimiento del contenido funcional propio de los Cuerpos, agrupaciones profesionales funcionariales, Escalas o categorías laborales, de las técnicas de selección y de las materias que son objeto de las pruebas.

Añade la citada ley que los órganos de selección estarán compuestos exclusivamente por personal funcionario, salvo que se trate de seleccionar personal laboral, en cuyo caso podrá estar compuesto además por personal de esta clase. La clasificación profesional de los miembros de los órganos de selección deberá ser igual o superior a la del cuerpo, agrupación profesional funcional o categoría laboral objeto de la convocatoria y, al menos, más de la mitad de sus miembros deberá poseer una titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida en la convocatoria.

Siguiendo al EBEP, también se establecen exclusiones. Así, se dispone que el personal de elección o de designación política, el personal funcionario interino, el personal laboral no fijo y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección, y que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie.

2.4.- Legislación aplicable a los Entes Locales

En el ámbito del personal de los Entes Locales es preciso distinguir la normativa sobre funcionarios locales con habilitación estatal y el resto de funcionarios (también denominados funcionarios propios). En cuanto se refiere a

⁷⁴⁰ La designación o propuesta por los sindicatos de miembros de los órganos de selección ha quedado claramente prohibida tras la promulgación del EBEP.

los funcionarios locales con habilitación estatal, la Disposición Adicional Segunda del EBEP ha establecido una nueva regulación aplicable a dichos funcionarios, atribuyendo mayores competencias a las Comunidades Autónomas. Concretamente, les atribuye la convocatoria de la Oferta de empleo, con el objetivo de cubrir las vacantes existentes de las plazas correspondientes a estos funcionarios, y añade que *“es de competencia de las Comunidades Autónomas la selección de dichos funcionarios, conforme a los títulos académicos requeridos y programas mínimos aprobados reglamentariamente por el Ministerio de Administraciones Públicas. Las Comunidades Autónomas publicarán las convocatorias de las pruebas selectivas de los funcionarios con habilitación de carácter estatal en sus Diarios Oficiales y las remitirán al Ministerio de Administraciones Públicas para su publicación en el Boletín Oficial del Estado”*.⁷⁴¹

Por tanto, el EBEP remite la regulación sobre los procesos selectivos de estos funcionarios a las Comunidades Autónomas (si bien éstas habrán de respetar la legislación básica contenida en el mismo), así que será la normativa autonómica la que regule los órganos de selección en estos casos. Como ejemplo, puede citarse la Orden GAP/179/2010, de 25 de marzo, por la que se convocan pruebas selectivas para el acceso a la subescala de intervención tesorería, categoría de entrada, para el personal funcionario con habilitación de carácter estatal en Cataluña. Esta Orden aclara que resultan aplicables el EBEP y el Decreto 195/2008, de 7 de octubre, por el que se regula el régimen jurídico del personal funcionario con habilitación de carácter estatal de las Entidades locales de Cataluña, y, supletoriamente, el Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Cataluña en materia de función pública.

Sin embargo, el Decreto 195/1998 nada dispone sobre el órgano de selección, por lo que serán aplicables las disposiciones ya vistas del Decreto Legislativo 1/1997, de modo que finalmente la citada Orden GAP/179/2010 dispone solamente que *“el tribunal está formado por cinco miembros funcionarios de carrera (...). La totalidad de los miembros debe poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso a la subescala de intervención tesorería, categoría de entrada. La designación del tribunal y su composición se efectuará mediante resolución del director o directora general de Administración Local. (...) Los miembros del tribunal están sujetos a los supuestos de abstención y recusación previstos en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y no pueden ser nombrados miembros,*

⁷⁴¹ En el régimen jurídico anterior a la publicación del EBEP, la convocatoria de la oferta de plazas y la selección para el acceso a los cursos de formación correspondía al Gobierno a propuesta del Ministerio para las Administraciones Públicas (artículo 129, segundo párrafo, epígrafe 2, del Real Decreto Legislativo 781/1986, artículo 21 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, y artículo 98 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del régimen Local).

personas colaboradoras o asesoras de éstos que hayan realizado tareas de preparación de personas aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de esta convocatoria”.

En cuanto se refiere a los funcionarios propios de los Entes Locales, el derogado Real Decreto 712/1982, de 2 de abril, por el que se simplifica el procedimiento para el ingreso en la Función Pública Local⁷⁴², establecía que el Presidente de los órganos de selección sería el de la Corporación, y que el Secretario también sería el de la Corporación. También añadía que habría un representante del Profesorado oficial designado por el Instituto de Estudios de Administración Local el Director o Jefe del respectivo servicio dentro de la especialidad o, en su defecto, un técnico o experto designado por el Presidente de la Corporación; un representante del Colegio Oficial respectivo de la Comunidad Autónoma o del Ente Preautonómico o de no haberlo, un representante designado por la Administración del Estado o, en su caso, por la Comunidad Autónoma o Ente Preautonómico que corresponda a un funcionario de carrera, si lo hubiere designado por la Corporación Local. Actualmente, el vigente Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local no comprendidos en el artículo 92.3 de la Ley 7/1985, es decir, los que no son funcionarios con habilitación estatal, dispone en su artículo 4.e), con el carácter de legislación básica, que *“los Tribunales, que contarán con un presidente, un secretario y los vocales que determine la convocatoria. Su composición será predominantemente técnica y los vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas”*.⁷⁴³

También añade, en su letra f), pero sin carácter de legislación básica, que *“actuará como presidente el de la corporación o miembro de la misma en quien delegue. Entre los vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma”*.

Esta regulación reglamentaria ha sido calificada de inconstitucional por la mayoría de la doctrina y actualmente se entiende derogada por el EBEP, según exponemos posteriormente. Como indica SERRANO PASCUAL⁷⁴⁴, en el citado

⁷⁴² Este Real Decreto fue impugnado por el Gobierno Vasco a través de un conflicto de competencias, y la STC 85/1983 señaló que la fijación concreta de la composición del órgano de selección no tiene carácter básico, por cuanto una cosa es establecer la garantía básica de capacidad de los miembros de los órganos de selección, y otra su composición concreta, pues caben varias respuestas que garanticen esa capacidad.

⁷⁴³ La complejidad del sistema de fuentes reguladoras de la función pública local, debido a las competencias concurrentes del Estado y las Comunidades Autónomas en la materia de régimen local y función pública, hace cuestionable que el Real Decreto 896/1991 tenga carácter básico en cuanto a la composición de los órganos de selección, dado que la normativa estatal sobre esta materia (artículo 19.2 de la Ley 30/1984) no tenía carácter básico y las Comunidades Autónomas con competencia en materia de función pública, pueden desarrollar la legislación básica estatal separándose de lo que disponga este Real Decreto. (SEVILLA MERINO, I., “La composición...”, op.cit., pg. 726).

⁷⁴⁴ SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica...”, op.cit., pg. 3133.

Real Decreto 896/1991 se aprecia una pugna entre el principio electivo y el principio selectivo. Y, dado que las personas que ocupan los cargos públicos no representativos han de ser elegidas mediante el criterio selectivo, según establece la Constitución, ello implica la necesidad de órganos de selección imparciales y exclusivamente técnicos. Por ello, han de reputarse inconstitucionales las dos previsiones del artículo 4 del citado Real Decreto: a) la composición “predominantemente” técnica de los órganos selectivos, ya que debe ser exclusivamente técnica. Y b) la atribución de la presidencia de los órganos selectivos al Presidente de la Corporación Local o persona en quien delegue, ya que esta previsión no es compatible con el principio de especialidad técnica ni con el de imparcialidad. Como en su momento indicó SÁNCHEZ MORÓN, tales previsiones carecen de toda lógica jurídica: en efecto, si lo que se pretende es una selección basada en criterios de mérito y capacidad, no procede designar miembros políticos en el órgano de selección.

Sobre esta base, procede concluir lo que, por estricta lógica, resulta claro: que tales previsiones reglamentarias, por inconstitucionales e ilegales, son radicalmente nulas y, por tanto, resultan inaplicables por los órganos judiciales (en virtud del artículo 6 LOPJ), así como procedería que el propio Estado declarara la nulidad de oficio.⁷⁴⁵

El ámbito local ha sido uno de los más necesitados de una regulación detallada de los órganos de selección que fuera acorde con los principios de especialización técnica e imparcialidad, por ser éste uno de los ámbitos donde mayores casos de clientelismo y favoritismo se han detectado.⁷⁴⁶

2.5.- Legislación aplicable a las Universidades Públicas

En el ámbito de las Universidades se distingue entre el Personal de administración y servicios y el personal docente. En cuanto se refiere al personal de administración y servicios de las Universidades, la LOU 6/2001 establece en su artículo 75 que *“la selección del personal de administración y servicios se realizará mediante la superación de las pruebas selectivas de acceso, del modo que establezcan las leyes y los Estatutos que le son de aplicación y atendiendo a los principios de igualdad, mérito y capacidad”*. El Estatuto Básico del Empleado Público resulta aplicable, por lo que, sin más concreciones normativas a nivel general, y con remisión a lo que sobre los órganos de selección dispongan los Estatutos de las Universidades, esta escasa regulación contenida en la LOU no es óptima, de cara al aseguramiento de la imparcialidad y especialización técnica.

⁷⁴⁵ Op.cit., pg. 3136.

⁷⁴⁶ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 98.

En cuanto se refiere al personal docente funcionario de las Universidades, el mismo no es objeto del presente trabajo de investigación, si bien procede hacer una referencia, ya que la regulación de sus órganos de selección es un buen ejemplo de la problemática existente. Debe aclararse también que no se analizan aquí las críticas vertidas por la doctrina y los colectivos universitarios afectados en relación con la especialización técnica de los miembros de las comisiones de la ANECA, tanto en términos de calidad como en términos de pertenencia a la misma área de conocimiento a la que se refieran las acreditaciones⁷⁴⁷. En este apartado sólo se analizan los problemas relativos a las condiciones que favorecen o no la imparcialidad de los miembros de estas comisiones. No es posible aquí analizar la evolución de estos órganos, pero sí puede indicarse que las reiteradas vulneraciones de los principios de mérito y capacidad en este ámbito han sido en buena medida consecuencia de la forma en que se formaban estos órganos de selección.

Al respecto, PÉREZ DÍAZ ha señalado que “(...) los mecanismos de selección se han hecho cada vez menos rigurosos. El método de las oposiciones de cátedra, con su tribunal de cinco miembros, la mayor parte de ellos elegidos al azar, que funcionó durante mucho tiempo antes y después de la guerra civil, permitió el juego de las camarillas, pero dejó un margen importante a la lucha abierta y en público y al mérito. Hace 20 años⁷⁴⁸ fue sustituido por un sistema de *petit comité*, dominado por los profesores locales que opera ante una audiencia restringida. Su funcionamiento ha traído como consecuencia una de las tasas de endogamia local de profesores titulares y catedráticos más elevadas del mundo”.⁷⁴⁹ Sobre la Ley Orgánica 11/1983 de Reforma Universitaria (LORU), SORIANO⁷⁵⁰ destacaba que facilitó el control local sobre los tribunales de selección, al otorgar a la Universidad convocante la designación de dos miembros sobre un total de cinco, “con lo cual ligar el trío, en un recíproco *do ut des*, era sencillo y provocó una fuerte y criticada endogamia”.

⁷⁴⁷ Conocida es la crítica vertida por DE LA OLIVA SANTOS, en su artículo “Análisis crítico de la teoría y de la praxis de la ANECA (Con estudio de un caso ejemplar)”, donde indica que no se observa “una considerable distancia entre los evaluadores y los Profesores evaluados en el caso que en este documento se va a examinar (respecto de varios de los “evaluadores”, la distancia es incluso imperceptible). Sin embargo, sería exigible, por la lógica y la prudencia, la existencia de una distancia o diferencia considerable”. También BERCOVITZ destaca que las Comisiones evaluadoras están integradas por profesores no especializados en las materias que se deben juzgar, y que “lo que resulta más llamativo es que ni siquiera está garantizado que los expertos informen únicamente sobre su propia disciplina, a pesar de que así se afirma en la Exposición de Motivos del Real Decreto 1312/2007. Cada Comisión divide a sus expertos en grupos con “perfiles homogéneos dentro del mismo ámbito científico y académico. Semejante caracterización no garantiza que las solicitudes de los profesores de Derecho civil sean informadas por expertos de Derecho civil”. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, op.cit.).

⁷⁴⁸ En referencia a la LORU.

⁷⁴⁹ PÉREZ DÍAZ, V., “Carácter y evolución de la Universidad española”, *Claves de Razón Práctica*, nº. 136, 2003.

⁷⁵⁰ SORIANO, J. E., diario ABC, 19 de enero de 2006.

Indicaba SÁNCHEZ MORÓN que “el riesgo de prácticas endogámicas no es en absoluto teórico, máxime si se tiene en cuenta que cada Universidad puede nombrar directa y libremente (entre profesores de la especialidad) dos de los cinco miembros de la comisión que juzga los concursos de acceso a Cuerpos docentes y que, tratándose de concursos de mérito para acceder a otras plazas dentro del mismo cuerpo, puede nombrar a los cinco miembros de la comisión (artículos 35 a 39 de la LORU).⁷⁵¹ Por su parte, MARTÍN MORENO ha señalado que el enorme poder que se otorga a las Universidades para decidir la composición (o parte) de las comisiones nada tiene que ver con la garantía de libertad de la ciencia y de la enseñanza a cuyo servicio está la autonomía universitaria.⁷⁵²

En esta línea, debe indicarse que incluso los órganos judiciales han sido reticentes a reconocer la vigencia del principio de imparcialidad en el ámbito universitario. Así, DE PRADA GARCÍA⁷⁵³ analiza la sentencia nº. 103/2000 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 4 de Madrid, que valida la admisión en los concursos para la provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios de personas que hayan designado los miembros del tribunal de selección; y concluye que es contrario a los principios constitucionales de acceso al empleo público, que puedan acceder a dichos cuerpos “aquellos candidatos que, de un modo u otro, con mayor o menos extensión, hubiesen intervenido en la designación de los miembros de los tribunales o comisiones correspondientes”. El recurso contencioso-administrativo había sido interpuesto por otro candidato que alegaba que figuraban en la lista de admitidos personas que habían designado a los miembros del órgano de selección.

Sin embargo, la sentencia concluye que designar los miembros del tribunal de selección no es causa de exclusión según lo dispuesto en el artículo 37 de la LORU y en los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1888/1984. Pero dicha práctica es, en todo caso, contraria a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Asimismo, la sentencia alude a los estatutos de la Universidad convocante, que atribuían a los Consejos de los Departamentos la competencia de proponer, en su caso, cuaternas para los puestos de presidente y secretario de las comisiones que han de juzgar tales concursos, y también alude al artículo 4 de la LORU sobre organización de las Universidades, pero, como indica DE PRADA GARCÍA, parece sumamente discutible que la autonomía universitaria pueda dar soporte a actuaciones que conculquen los principios de igualdad, mérito y capacidad. Por ello concluye el citado autor que la intervención en la designación

⁷⁵¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1997, pgs. 119 y 120.

⁷⁵² MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 45.

⁷⁵³ DE PRADA GARCÍA, A., “Acceso a la función pública y principio de igualdad: los Cuerpos Docentes Universitarios (sentencia 103/00 del Juzgado de lo Contencioso nº. 4 de Madrid), *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 15, 2000.

de las comisiones o tribunales debe considerarse causa de exclusión del correspondiente concurso.⁷⁵⁴

Por su parte, la LOU 6/2001 intentó resolver el problema de la endogamia universitaria estableciendo un sistema de acceso a los Cuerpos Docentes en el que se implantaba una primera fase consistente en la habilitación nacional, en la que se regulaba, entre otros, un aspecto clave: la externalización de las comisiones de selección, que pasaron a componerse de miembros designados por sorteo entre una lista nacional de sorteables. El mecanismo del sorteo público fue expresamente aceptado en el Dictamen del Consejo de Estado de 19 de julio de 2001 sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica de Universidades, por entender que “garantiza la objetividad”.

En desarrollo de dicha ley, el Real Decreto 774/2002⁷⁵⁵ concretó, respecto del sorteo, que *“los miembros de las Comisiones de habilitación, en primer lugar los titulares y en segundo lugar los suplentes, serán elegidos por sorteo público realizado por la Secretaría General del Consejo de Coordinación Universitaria entre todos los profesores del área de conocimiento de la convocatoria”* (artículo 6.3), y reguló las reglas del sorteo público en su artículo 7, que estableció que la lista de sorteables debía publicarse, siendo susceptible de impugnación. Estableció también que el nombramiento como miembro de una Comisión era irrenunciable, salvo determinadas causas justas, y sin perjuicio de los casos de abstención y recusación.

La Ley Orgánica 4/2007, que reforma la LOU 6/2001, elimina el sorteo sobre una lista nacional de sorteables, y se limita a remitir al reglamento la regulación de la composición de las comisiones encargadas de resolver sobre las solicitudes de acreditación nacional. Algunos autores⁷⁵⁶ han puesto de manifiesto el amplio margen de discrecionalidad/arbitrariedad que resulta al no existir el sistema de sorteo entre quienes respondan a determinados requisitos de competencia. Así, es el Real Decreto 1312/2007⁷⁵⁷ el que establece que la ANECA propone al Consejo de Universidades una lista de posibles miembros de las comisiones. Esa lista debe confeccionarla de acuerdo con los criterios de los artículos 6 y 7 del citado Real Decreto, que se refieren a la especialidad técnica, no a la imparcialidad, de manera que dicha Agencia es libre para, dentro de esos criterios, elegir los miembros.

⁷⁵⁴ Entiendo que más que causa de exclusión del participante que ha intervenido en la designación de los miembros del órgano de selección, lo que procede es declarar la nulidad del nombramiento de esos miembros y proceder al nombramiento de otro órgano de selección, que sea el que tramite el concurso.

⁷⁵⁵ Real Decreto 774/2002, de 26 de julio, por el que se regula el sistema de habilitación nacional para el acceso a Cuerpos de Funcionarios Docentes Universitarios y el régimen de los concursos de acceso respectivos.

⁷⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, op.cit.

⁷⁵⁷ Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios.

Así pues, “todo queda en manos del Comité Asesor del Programa Academia (...), de los presidentes de Comités de evaluación de ANECA y de los presidentes y ex-presidentes de los Comités de CNEAI”.⁷⁵⁸ Por su parte, el Consejo de Universidades, que está presidido por el Ministro de Educación y compuesto por los rectores de las Universidades y cinco miembros designados por aquél, decide sobre esa lista. Esta forma de designación no parece ser la que ofrezca mayores garantías de la imparcialidad de los designados.

Sí merece una valoración positiva, a los efectos de luchar contra la falta de imparcialidad en los órganos de selección, el deber de abstenerse adicionalmente establecido en el artículo 10.2 del Real Decreto 1312/2007, según el cual “*los miembros de la Comisión de acreditación deberán abstenerse de actuar en los procedimientos de acreditación en que los solicitantes que estén vinculados funcional o contractualmente con la misma institución en la que desarrollen su actividad principal*”.⁷⁵⁹ Ahora bien, debido a que el procedimiento de acreditación no es competitivo, sino que el solicitante solamente pide su acreditación sin concurrir en competencia con otros aspirantes, sólo le cabe solicitar la recusación de los miembros que le sean hostiles, pero la comunidad universitaria no dispone de mecanismos para evitar que, en otros procesos de acreditación, actúen vocales en quienes concurren causas de abstención y que favorezcan a los aspirantes, los cuales, lógicamente, no van a impugnar esta situación.

Al respecto, MARTÍN MORENO considera inadmisibles la intervención del director de tesis (muchas veces a propuesta del propio candidato) en las comisiones juzgadoras de las pruebas de acceso a los Cuerpos docentes universitarios, considerando que procede que la condición de director de tesis se tipifique como causa de abstención. A este respecto, puede indicarse que se ha establecido desde antiguo que no podrá formar parte del tribunal de tesis el director de la misma; prohibición que se extiende incluso al tutor (Real Decreto 778/1998, de 30 de abril).⁷⁶⁰

Por su parte, el Real Decreto 1312/2007 introduce la figura de los informes de expertos, estableciendo en su artículo 15.2 que “*las comisiones remitirán la documentación aportada por los solicitantes al menos a dos expertos del ámbito científico y académico correspondiente para la elaboración de sendos informes individuales. Los criterios de selección de los expertos y los procesos de actuación*

⁷⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, op.cit.

⁷⁵⁹ Aunque esta previsión ha merecido algún juicio negativo. Así, DEL VALLE PASCUAL entiende que se convierte en presunción *iuris et de jure* de parcialidad al “compañerismo en el mismo departamento o facultad, y no sólo, pues también alcanza a otros centros, campus y ubicaciones provinciales, lo cual estimo poco razonable”. (DEL VALLE PASCUAL, J.M., “Primeros apuntes sobre el sistema de acreditación y acceso a la condición de Profesor de los Cuerpos docentes universitarios”, AA, n.º 15/2008, Tomo 2, La Ley).

⁷⁶⁰ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit.

serán aprobados por el Consejo de Universidades previa propuesta de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación”.

Sobre la designación de los expertos, algún autor ha manifestado dudas sobre su compatibilidad con la imparcialidad. Así, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO⁷⁶¹ ha destacado que “la designación de los expertos que informan a las Comisiones sobre cada uno de los candidatos carece igualmente de transparencia. Su designación depende, directa o indirectamente, de criterios de amistad, simpatía, afinidad. El procedimiento para su designación es similar al previsto para los miembros de las Comisiones. Depende en última instancia del Comité Asesor del Programa Academia, de los mismos presidentes y ex-presidentes de Comités, y, además, de la Comisión de acreditación correspondiente”.

Además, se ha planteado la problemática recusación de los expertos, ya que, aunque la misma está prevista en el Real Decreto 1312/2007, lo cierto es que su viabilidad *de facto* es dudosa porque, aunque la lista de expertos de la ANECA es pública, éstos, en cada procedimiento de acreditación, actúan con anonimato, tanto frente a los miembros de la Comisión respectiva, como frente al propio solicitante de la acreditación.

Debe destacarse que se aprecian signos relevantes de mejora en lo que a las garantías de imparcialidad se refiere, pues el Informe al Patronato de la ANECA de 2010, sobre la acreditación nacional para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios, indica que “desde diciembre de 2009 se aplica un nuevo sistema de selección de candidatos para formar parte de las propuestas que la ANECA hace al Consejo de Universidades para cubrir las vocalías de las comisiones de acreditación. Este procedimiento consiste en realizar un sorteo sobre el universo de posibles candidatos para cada vocalía, que cumplen con los requisitos del Real Decreto 1312/2007, a saber, estar en posesión de un número mínimo de sexenios (dos para los TU y tres para los CU) y el último de ellos debe haber sido reconocido en los últimos 10 años. (...). En la renovación de diciembre de 2009, siguiendo las indicaciones del Consejo de Universidades, se procedió a sortear al tercio que correspondía renovar entre todos los que cumplían las condiciones para ello. Ello supuso proponer a 330 candidatos a vocales para que el Consejo de Universidades nombrara a 1 de cada 5, es decir, nombrara a 66 vocales”.

En cuanto se refiere a la designación de los expertos que elaboran los dos informes que se incorporan a los procedimientos de acreditación, el citado Informe indica que, para su renovación, “se propone emplear los criterios de sorteo empleados en la renovación de los vocales, comenzando por incorporar al panel a todos aquéllos académicos que han formado parte de las propuestas de ANECA al Consejo de Universidades, elegidos por sorteo, para la renovación de vocales y que finalmente no han sido nombrados”.

⁷⁶¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, op.cit.

En último lugar, la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, ha dado nueva redacción al artículo 57.2 de la LOU, que pasa a disponer que *“la acreditación será llevada a cabo mediante el examen y juicio sobre la documentación presentada por los solicitantes, por comisiones compuestas por al menos siete profesoras y profesores de reconocido prestigio docente e investigador contrastado pertenecientes a los Cuerpos de funcionarios docentes universitarios. Tales profesores deberán ser Catedráticos para la acreditación al cuerpo de Catedráticos de Universidad, y Catedráticos y Profesores Titulares para la acreditación al cuerpo de Profesores Titulares de Universidad.*

Igualmente, tengan o no una relación de servicios con la Universidad y con independencia del tipo de relación, podrán formar parte de estas comisiones expertos españoles, así como hasta un máximo de dos expertos nacionales de otros Estados Miembros de la Unión Europea o extranjeros. Estos expertos deberán poder ser considerados profesionales de reconocido prestigio científico o técnico.

Los currículos de los miembros de las comisiones de acreditación se harán públicos tras su nombramiento.

Reglamentariamente se establecerá la composición de las comisiones reguladas en este apartado, la forma de determinación de sus componentes, así como su procedimiento de actuación y los plazos para resolver. En todo caso, deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros (...).”

Por tanto, la LOU continúa sin fijar el concreto modo en que se elegirán los miembros pertenecientes al órgano de selección, estableciendo previsiones que solamente afectan al principio de especialización técnica, pero no al de imparcialidad. Así, remite al reglamento la determinación de la composición de las Comisiones, citando solamente los principios. Esto no parece resultar muy acorde con la necesidad de concreción a nivel de ley de la regulación de los órganos de selección.

Lo expuesto hasta el momento se refiere a las Comisiones que intervienen en la fase de acreditación estatal. Sin embargo, el nuevo sistema de selección ha sido muy criticado también por la regulación de la segunda fase, consistente en la tramitación de concursos para adjudicar las plazas docentes por cada Universidad respectiva. La LOU 6/2001 no aseguró la imparcialidad de las comisiones competentes para resolver estos concursos, pues *serían “resueltos, en cada Universidad, por una Comisión constituida a tal efecto, de acuerdo con el procedimiento previsto en sus Estatutos”* (artículo 63.2). El artículo 64 remitía a estos Estatutos la regulación, nada más y nada menos, de los procedimientos para la designación de los miembros de las Comisiones de los concursos de acceso, eso sí, ordenando que se basarían en criterios objetivos y generales garantizando la

plena competencia docente e investigadora de dichos miembros⁷⁶², añadiendo finalmente que se harían públicos la composición de las Comisiones y los criterios para la adjudicación de las plazas. La posterior Ley Orgánica 4/2007 no ha modificado sustancialmente esta situación.

Por su parte, el Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de los concursos de acceso a Cuerpos docentes universitarios, no altera la discrecionalidad de la Universidad convocante en la designación de los miembros de la comisión, estableciendo la medida insuficiente (y más bien relacionada con el requisito de la especialización técnica que con el de la imparcialidad) de que se publicará el contenido de los currículos de los miembros. Aclara también que los miembros de las Comisiones pertenecerán a un Cuerpo igual, equivalente o superior al de la plaza objeto del concurso, pero esta garantía afecta más bien al requisito de la especialización técnica que al de imparcialidad.⁷⁶³ También el artículo 8 establece que las Universidades harán pública la composición de las Comisiones y los criterios de adjudicación de las plazas (parece que con carácter previo a la celebración del concurso).

Los propios órganos judiciales comienzan a hacerse eco de la necesidad de proteger el derecho del artículo 23.2 CE frente a la falta de garantías en la imparcialidad de los miembros de las comisiones de selección en los concursos universitarios. Destaca el caso analizado (con ocasión de una denuncia por coacciones) por el Juzgado número 1 de Instrucción de Valencia en el año 2003, en que se habla de la falta de objetividad que entrañaba el sistema de selección empleado por la Universidad de Valencia, siendo las circunstancias que para la plaza convocada sólo había un aspirante, dos miembros del Tribunal eran conocidos suyos y compañeros de trabajo de muchos años, y el propio aspirante había propuesto a la Universidad a dos de los miembros del Tribunal. También cabe destacar la sentencia de 1996 del TSJ de Madrid, relativa al Departamento de Biología de la Facultad de Ciencias de la Universidad Autónoma de Madrid, que consideró que el catedrático presidente del Tribunal de selección debía haberse

⁷⁶² Añadiendo solamente que *“los miembros de las Comisiones a que se refiere el párrafo anterior, que pertenezcan a alguno de los Cuerpos docentes previstos en el apartado 1 del artículo 56, deberán contar con el reconocimiento de los períodos de actividad investigadora mínimos que, para cada uno de los mencionados Cuerpos, se establecen en el apartado 4 del artículo 57”*. Esta regla tiende a garantizar la especialización técnica, pero nada tiene que ver con asegurar la imparcialidad.

⁷⁶³ Sí prevé el citado Real Decreto (artículo 6.5) la figura del sorteo para el caso de los concursos de acceso para ocupar plazas asistenciales de instituciones sanitarias vinculadas a plazas docentes de los Cuerpos de Profesor Titular de Universidad y Catedrático de Universidad, en cuyo caso dos de los miembros de las Comisiones, que serán doctores, deberán estar en posesión del título de especialista que se exija como requisito para concursar a la plaza, y serán elegidos por sorteo público por la institución sanitaria correspondiente, entre el correspondiente censo público que anualmente comunicará al Consejo de Universidades.

abstenido por su profunda relación profesional con uno de los candidatos.⁷⁶⁴

También puede citarse la STS de 19 noviembre 2008, relativa a la transformación de dos Ayudantías en dos Titularidades. El Consejo del Departamento acordó proponer el perfil y tribunal para esas plazas de nueva creación; “siguiendo lo que siempre había sido la costumbre en el Departamento de Ingeniería Química: que los Interinos de las plazas a cubrir hacían propuesta de perfil y composición del Tribunal encargado de juzgar el concurso de acceso, y siempre era aprobado por el Consejo del Departamento, quienes elevaban dicha propuesta al rector de la Universidad (así se expresa literalmente la demanda)”. Al respecto, la sentencia concluye que “carece de justificación esgrimir que en cuanto al perfil de la plaza convocada y a los miembros de la Comisión Examinadora que han ser nombrados por la correspondiente Universidad [artículo 6.1.b) del REAL DECRETO 1888/1984] haya de aceptarse, como viene a sostener la demanda, que debe darse carácter vinculante a la costumbre de que sean los interinos de las plazas a cubrir quienes hagan la propuesta sobre el perfil y el Tribunal. Esta tesis, con independencia de que no se ofrece para ella un concreto soporte normativo, no es muy coherente con el principio de igualdad de acceso a las funciones públicas, pues, de seguirse que sus propuestas debían ser vinculantes, colocaría a esos interinos en una situación de preeminencia en el proceso selectivo”.

Al respecto, parte de la doctrina concluye que las Comisiones de valoración deberían estar formadas en su mayoría por personas ajenas al Departamento respecto del cual se convoca la plaza⁷⁶⁵. Probablemente esta medida no sería suficiente para combatir la falta de imparcialidad en la adjudicación de las plazas, de manera que sería preciso que las Comisiones de valoración estuvieran formadas en su mayoría por personas ajenas no ya al Departamento convocante, sino a la propia Universidad convocante. Y, además, para evitar la picaresca del “*do ut des*”, podría plantearse la utilidad de que las designaciones se realizaran por sorteo entre una lista de sorteables de ámbito estatal o autonómico, como mínimo. Finalmente, el principio de imparcialidad parece hacer necesario que los propios aspirantes a las plazas docentes no puedan proponer la designación de miembros de la Comisión.

En todo caso, debe señalarse que estas propuestas sobre la composición de estas Comisiones de valoración son necesarias porque mejoran sustancialmente las condiciones de imparcialidad, pero sigue existiendo el riesgo de que los miembros designados en el sorteo sean “enemigos” de algún candidato o quieran utilizar su nombramiento para favorecer a algún candidato. Por ello, sin perjuicio de las medidas propuestas anteriormente, cabría añadir lo siguiente: por un lado, la designación de algún miembro de la Comisión entre otros Cuerpos

⁷⁶⁴ Ambos casos son citados por MONROY ANTÓN, A., “La endogamia en la Universidad: tratamiento jurídico y vías de solución”, AA, n.º 5/2008, Tomo 1, La Ley.

⁷⁶⁵ MONROY ANTÓN, A., “La endogamia en la Universidad: tratamiento jurídico y vías de solución”, AA, n.º 5/2008, Tomo 1, La Ley.

funcionariales de alto nivel en el Estado (Abogados del Estado, etc.) y la continuación en la línea de objetivizar y predeterminar cada vez más los méritos y su valoración (así por ejemplo, la valoración de publicaciones en revistas de alto impacto es un mérito muy objetivo, en la medida en que para lograr una publicación en este tipo de revistas hay que superar importantes controles de calidad).

3.- CARACTERÍSTICAS NECESARIAS DE LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN

3.1.- Introducción

En el presente apartado se analizan las características que han de reunir en abstracto los órganos de selección para asegurar la vigencia de los principios de mérito y capacidad, y se contrasta con la normativa vigente. Con carácter general, en la práctica, la propia Administración Pública o Entidad del Sector Público convocante del proceso selectivo es la que viene nombrando libremente a los miembros del órgano de selección. No obstante, en garantía de los principios de imparcialidad y de especialización, la normativa vigente en materia de función pública establece ciertos límites a la hora de designar a los miembros de los órganos de selección, que pueden sintetizarse en los dos puntos siguientes:

- Especialización técnica de los miembros del órgano de selección. Este requisito es imprescindible si tenemos en cuenta que los criterios para seleccionar a los aspirantes son el mérito y la capacidad, para cuya valoración es necesario tener la especialización técnica correspondiente.

- Garantías para asegurar la imparcialidad de los miembros del órgano de selección, que son varias:

- Normas sobre el procedimiento para designar los miembros del órgano de selección.

- Normas específicas para evitar el riesgo de clientelismo o favoritismo derivado de las relaciones de algunos miembros del órgano de selección con ciertas organizaciones o aspirantes. Se materializan en la exclusión de determinadas personas (tales como el personal de elección o designación política, personal temporal y personal eventual).

- Normas generales sobre abstención y recusación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.⁷⁶⁶

⁷⁶⁶ Aún en el caso de que se aplicasen las reglas sobre sorteo expuestas en el presente trabajo, que impedirían la constitución de órganos de selección *ad personam*, es posible

3.2.- La especialización técnica

Como se ha expuesto al analizar la jurisprudencia constitucional, el Tribunal Constitucional exige que el órgano de selección esté técnicamente capacitado. El principio de especialidad técnica puede definirse como la exigencia de que los miembros del órgano de selección tengan conocimientos técnicos respecto al contenido de las funciones de las plazas objeto del proceso de selección. Ello hace referencia a:

- El nivel de titulación.
- La titulación en la materia a que se refiere el proceso selectivo.
- Desempeño de funciones similares a las plazas objeto del proceso selectivo.

Refiriéndonos a la normativa estatal como paradigma histórico, debe indicarse que el Real Decreto 2223/1984⁷⁶⁷ exigía dos requisitos: que la totalidad de los miembros tuvieran titulación de igual o superior nivel académico y que la mitad más uno de los miembros tuvieran una titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida para el ingreso.

Sin embargo, el posterior Real Decreto 364/1995 ha suavizado los requisitos, pues sólo concreta el primer requisito, exigiendo que *“la totalidad de los miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se trate”*. Por tanto, el citado Real Decreto ya no exige expresamente que la mayoría de los miembros del órgano de selección tengan titulación en igual área de conocimiento sobre la que versa el proceso selectivo, sino que solamente se exige el nivel de titulación académica, de manera que, a título de ejemplo, se entendería que se cumple con el principio de especialidad nombrando a un Licenciado en Medicina como miembro del órgano de selección para las oposiciones de un Cuerpo Jurídico.⁷⁶⁸

La reducción del nivel de exigencia de especialización técnica llevada a cabo por el Real Decreto 364/1995 ha sido criticada por la doctrina⁷⁶⁹. Así, FERREIRA FERNÁNDEZ⁷⁷⁰ ha señalado que el citado Reglamento de 1995 es

que acabe integrando el órgano de selección alguna persona en quien concurren motivos de abstención y recusación, siendo entonces aplicable lo dispuesto en la Ley 30/1992.

⁷⁶⁷ Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre.

⁷⁶⁸ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 467. Ver también MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 47.

⁷⁶⁹ En la misma línea, CASTILLO BLANCO, F.A., e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “El control del ejercicio...”, op.cit., pg. 69 y ss.

⁷⁷⁰ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Aproximación al régimen jurídico-normativo de los órganos de selección de funcionarios al servicio de la Administración Local”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública ¿la reforma adecuada?, Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 421.

muy impreciso, pues no aclara en qué consiste la especialidad. Así, señala que la regla de que en la composición de los órganos de selección “se velará por el cumplimiento del principio de especialidad” establecida en dicho Reglamento es “demasiado vaga e imprecisa, pues en ningún caso se señala ni el número de miembros que han de cumplir dicho principio, ni en qué consiste concretamente el cumplimiento del mismo”. En definitiva, entiende que el Real Decreto 364/1995 se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 3071984, “sin concretar ni un ápice dicha regla. Esto supone una verdadera autorrestricción del alcance de la norma reglamentaria que, en cuanto que norma de desarrollo que es, debiera haber concretado algo más la regla general”.⁷⁷¹

También indica VIVERO SERRANO⁷⁷² que no tiene sentido conformarse con exigir una titulación académica de cierto nivel, si no tiene nada que ver con los conocimientos o méritos a valorar en el concreto proceso selectivo. En esta misma línea, entiende PÉREZ LUQUE⁷⁷³ que, dado que el Vocal forma parte del órgano de selección por razón a su pertenencia a la Función Pública y al trabajo que realiza en la Administración, el título académico necesario para formar parte de este órgano es el que se exigió para ingresar en el puesto de trabajo de cuya selección se trata, ya que este título es el que permite ingresar en el Grupo o Subgrupo funcional al que está adscrito el puesto de trabajo. En conclusión, el principio de especialización técnica implica que debe exigirse en todos los miembros la titulación exigida para el ingreso en el grupo profesional al que esté adscrito el puesto de trabajo de cuya selección se trate, no cualquier otra titulación, aunque sea de igual o superior nivel. También FERREIRA FERNÁNDEZ⁷⁷⁴ señala que “se hace preciso que los órganos de selección se integren en su totalidad por personas con una cualificación específica en las materias sobre las que versa el procedimiento selectivo”.

Por su parte, el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios sin habilitación estatal, establece en su artículo 4.e), como norma de carácter básico, que “*los vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas*”. Este precepto resulta muy problemático en su interpretación, ya que introduce la disyuntiva (“o”) entre la titulación académica y la especialización. Y es que la especialización no puede existir sin titulación⁷⁷⁵. Además, ILDEFONSO HUERTAS⁷⁷⁶ recuerda que en la dicción del Real Decreto 364/1995 no se aclaró si el requisito de la titulación igual o superior a la requerida

⁷⁷¹ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 131.

⁷⁷² VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 103.

⁷⁷³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 466 y ss.

⁷⁷⁴ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 140.

⁷⁷⁵ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 468.

⁷⁷⁶ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 385.

para los puestos convocados debía predicarse subjetivamente del miembro del órgano de selección, o bien predicarse de la categoría del puesto de trabajo desempeñado por dicho miembro. Según la primera interpretación (subjetivista, intuitu personae), una persona que desempeña un puesto de inferior categoría a los convocados podría formar parte del órgano selectivo si dicha persona tenía titulación igual o superior a la exigida para ocupar el puesto convocado.⁷⁷⁷ Pero la especialización técnica debe predicarse también del puesto desempeñado, puesto que difícilmente podrá apreciar los conocimientos técnicos del aspirante una persona que no ejerce habitualmente en las materias propias del proceso selectivo y cuyos conocimientos, por tanto, no se han actualizado ni mantenido con la necesaria práctica.

El problema ya se había planteado con el Real Decreto 2223/1984, que indicaba que los miembros de los tribunales de selección estatales debían tener titulación de igual o superior nivel académico a la exigida para el ingreso en el Cuerpo o Escala de que se tratara. Esto suscitó la duda de si tales miembros debían de ser además funcionarios del mismo Grupo del Cuerpo o Escala de que se tratara. Al respecto, el Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 29 de mayo de 1989 dio por buena la composición de un Tribunal para seleccionar funcionarios de Grupo B y C integrado por funcionarios de Grupo D pero que poseían el título de Diplomado Universitario o Bachiller.

En contra de esta opinión se pronunciaron autores como MARTÍN REBOLLO, señalando que, si se atendía exclusivamente al tenor literal del citado Real Decreto, tampoco se exigiría que los miembros del órgano selectivo fueran funcionarios, y que no tenía sentido que quien forma parte del órgano de selección no haya superado las mismas pruebas del nivel de que ahora se trate. También añade que “la mera posibilidad de que un funcionario de Grupo E, pero licenciado universitario, pueda formar parte de un Tribunal para seleccionar a un funcionario del Grupo A y, sin embargo, el mismo no pueda optar a esto por el procedimiento de promoción interna, que es el acceso mediante pruebas al Grupo inmediatamente superior, resulta contradictorio”.⁷⁷⁸

La doctrina también ha criticado la regulación de las Comisiones Permanentes en el Real Decreto 2223/1984, que se limitaba a establecer que sus componentes serían funcionarios de carrera “designados libremente de acuerdo con lo previsto en las relaciones de puestos de trabajo”. Así, ALEGRE ÁVILA entendía que esta previsión reglamentaria no aclaraba suficientemente la composición de estos órganos de selección, y que ni siquiera contenía referencia expresa al principio de especialización.⁷⁷⁹ Sin embargo, el citado autor concluye

⁷⁷⁷ Al respecto, cita la autora mencionada la STSJ de Canarias de 25 de noviembre de 1998, en la que se atiende a la titulación de la persona y no al puesto desempeñado.

⁷⁷⁸ MARTÍN REBOLLO, L., “El personal al servicio de la Comunidad Autónoma”, en AA.VV., Derecho Público Aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón, Dir. EMBID IRUJO, A., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 1990, pg. 1 ss.

⁷⁷⁹ ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, op. cit., pg. 25.

que, sin perjuicio de estas matizaciones, en el ámbito de la Administración estatal el principio de especialidad resultaba suficientemente garantizado a nivel reglamentario.⁷⁸⁰

A esta cuestión alude PÉREZ LUQUE⁷⁸¹, quien distingue entre los principios de especialidad y de capacidad técnica. El principio de capacidad técnica de los miembros del órgano de selección significa que el miembro, además de tener la titulación académica, sea experto en la materia sobre la que van a examinarse los aspirantes.⁷⁸² Concepto éste que, a su juicio, equivale con el de “competencia científica” a que se refiere el Tribunal Constitucional.

Debe añadirse que parte de la doctrina considera que los órganos de selección deben de estar no solamente especializados en la materia técnica a que se refiere el proceso de selección, sino que también deben estar entrenados en la práctica de seleccionar personal, por lo que a sus miembros debe exigírseles también experiencia como evaluador o seleccionador.⁷⁸³ Así, SÁNCHEZ MORÓN⁷⁸⁴ indica que la profesionalidad implica, como señaló la Comisión de Expertos, el dominio de técnicas y habilidades específicas de selección de personal, lo cual no implica que los miembros del órgano de selección tengan que ser necesariamente funcionarios del Cuerpo al que se refiere el proceso selectivo. También autores como ILDEFONSO HUERTAS⁷⁸⁵ y FÉREZ FERNÁNDEZ⁷⁸⁶ consideran que no es suficiente con exigir la titulación correspondiente al área de conocimientos a que se refiere el proceso selectivo, sino que debe exigirse también “el profesionalismo del seleccionador”, pues resulta necesario “el dominio de técnicas de selección en las que hay que estar formado y entrenado”.⁷⁸⁷

En esta línea, en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, el Ministerio de Administraciones Públicas ha manifestado que la profesionalidad es exigible a todos y cada uno de los miembros del órgano, individualmente considerados, bien por los conocimientos profesionales que

⁷⁸⁰ ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, op. cit., pg. 26.

⁷⁸¹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 466.

⁷⁸² Op.cit., pg. 469.

⁷⁸³ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “El procedimiento selectivo: reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, IVAP, Oñate, 1997, pg. 61, e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los órganos de selección...”, op.cit., pg. 51.

⁷⁸⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 406 y ss.

⁷⁸⁵ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 382.

⁷⁸⁶ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “El procedimiento selectivo...”, op.cit., pg. 61 y ss.

⁷⁸⁷ También BASOREDO destaca la escasa experiencia de los miembros del órgano de selección debido, en buena parte, a que son órganos ocasionales, y propone la inclusión en los mismos de “un especialista, además, del Área de los RRHH”. (BASOREDO LEDO, C., “Modelo cooperativo de participación en Tribunales de selección de empleados para la Administración Pública”, *RVAP*, nº. 40, 1994).

posean de la materia de que se trate o por sus conocimientos específicos sobre selección. Por su parte, el EBEP ha sustituido la expresión “especialización” por “profesionalidad”, lo que ha hecho que parte de la doctrina entienda que a los miembros de los órganos de selección se les debe exigir no sólo conocimientos técnicos en la materia a que se refiere el puesto de trabajo convocado, sino que también deben tener dominio de las técnicas selectivas.⁷⁸⁸

Debe hacerse también referencia a que autores como FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁷⁸⁹, citando a ILDEFONSO HUERTAS y a FEREZ FERNÁNDEZ⁷⁹⁰ destacan que la Administración realizaría una inversión muy rentable si pusiera fin al denominado “amauterismo” en el ámbito de los procesos selectivos, por virtud del cual se nombran miembros de los órganos de selección a quienes no se dedican profesionalmente a la selección de personal. Postulan estos autores la creación de un grupo estable de personas dedicado a la tarea de seleccionar a los empleados públicos, entendiendo que no es suficiente con la titulación en el área de conocimiento a que el puesto de trabajo se refiera, sino que es necesario “el dominio de técnicas de selección en las cuales procede estar formado y entrenado”.

Las consideraciones expuestas tienen su razón de ser, en la medida en que pueda ser necesario apreciar ciertas cualidades en los aspirantes a ingresar en un empleo público que no consistan estrictamente en conocimientos técnicos. Pero será solamente en las pruebas concretas diseñadas para valorar estas cualidades donde corresponde que intervengan estos profesionales de la selección de recursos humanos a que se refieren los citados autores. Y siempre que se garantice que su designación sea por sorteo, en garantía de la imparcialidad. Además, la consolidación de las personas como miembros eternos en los órganos de selección no resulta conveniente, pues la imparcialidad queda más garantizada si existe una cierta alternancia a lo largo del tiempo.

Por otro lado, algunas normas como el Real Decreto 896/1991, sobre selección de funcionarios propios de los Entes Locales, no exigen la especialización técnica de todos sus miembros, sino que la imponen con carácter “predominante”.⁷⁹¹ Esta previsión ha sido, lógicamente, considerada

⁷⁸⁸ LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público...”, op.cit., pg. 693. También en esta línea, MAURI MAJÓS, J., “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, *QDL*, nº. 19, 2009.

⁷⁸⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 157.

⁷⁹⁰ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los órganos de selección...”, op.cit., y FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Reflexiones sobre la necesaria renovación...”, op.cit., pg. 53.

⁷⁹¹ Sobre esta cuestión puede citarse la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 de Marzo de 2007, que, en relación con un proceso selectivo convocado para una plaza de asesor jurídico de un Ente Local, nos recuerda que las exigencias de cualificación técnica y de especialización en los integrantes de los órganos calificadoros de los procesos selectivos se presenta como mecanismo tendente a asegurar la efectividad del principio de mérito y capacidad en el acceso a la función

inconstitucional por la mayoría de la doctrina. De hecho, FERREIRA FERNÁNDEZ⁷⁹² destaca las principales irregularidades de dicho Decreto:

a) La reducción de la exigencia de titulación a sólo los vocales del Tribunal, supone una minoración de garantías contraria al principio de especialidad; pues “posibilitar que personas que carecen de estudios o pericia alguna puedan enjuiciar el mérito y la capacidad de los candidatos a plazas en las que se exija la posesión de titulación superior y además unos conocimientos especializados, resulta, en mi opinión, un verdadero atentado a toda lógica y razón jurídica, que no merece mayor comentario”.

b) La referencia a que los vocales tengan un nivel de "titulación o especialización" igual al exigido para las plazas objeto de convocatoria, “parece que se abre la posibilidad de que incluso los vocales no tienen por qué tener una titulación igual o superior siempre que posean una "especialización" igual o superior”. Esta previsión también es considerada contraria al principio de especialidad, “pues dejaría al libre criterio de la Administración actuante la determinación de la formación o de los conocimientos que reportan un nivel de especialización suficiente para participar en un Tribunal, sin fijar para ello parámetro alguno, ni tan siquiera el de la titulación oficial. Más razonable es entender que partiendo de la exigencia de un nivel de titulación igual o superior al del exigido a los aspirantes la Corporación local podrá, además, exigir de los vocales del Tribunal un cierto nivel de especialización que les permita formar un juicio acertado en su decisión, lo que sería recomendable”.

c) La exigencia de una composición tan sólo predominantemente técnica, tampoco satisface el principio de especialidad.

En otro orden de cosas, debe destacarse que la especialización técnica de los miembros del órgano de selección puede constituir un problema en el caso de

pública, cuya vigencia en el ámbito de la Administración Local es indudable. Esta sentencia reconoce que es cierto que en los artículos 4.e) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, y 11 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, no se exige literalmente que la mayoría o la mitad más uno o de los vocales del tribunal calificador sean técnicos del orden al que correspondan las plazas convocadas; pero añade la sentencia que debe considerarse que tal exigencia numérica está implícita en la invocación que se hace en esos preceptos del principio de especialidad y de la necesidad de que la composición del tribunal sea predominantemente técnica. Por tanto, en esta sentencia se realiza un simple razonamiento de estricta lógica: el principio de especialidad implica que los miembros deben ser técnicos en la materia a que se refiere el concreto proceso selectivo.

En el caso de autos, sólo dos de los cuatro miembros con voto reunían la condición de Licenciado en Derecho, que era la cualificación técnica en la materia propia de la plaza, por lo que el Tribunal Supremo entendió que se contravenía el artículo 4 del Real Decreto 896/91 de 7 de junio, al no respetarse el principio de especialidad, y también el principio de mérito y capacidad, pues si se trata de valorar los méritos y capacidades de los candidatos es preciso que en los evaluadores se acredite, por lo menos, mayoría con cualificación técnica necesaria para esta valoración, pues no cabe considerar que esta cualificación técnica concorra de manera "predominante" si los vocales técnicos están en minoría.

⁷⁹² FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 138.

los pequeños y medianos municipios, que pueden, en muchas ocasiones, no contar con personal adecuado técnicamente para evaluar los conocimientos o méritos de los candidatos, y por ello se precisa de la intervención de otro órgano de selección que sí cuente con esa cualificación técnica.⁷⁹³

Asimismo, debemos de referirnos a la gran heterogeneidad de la normativa reguladora de los órganos de selección que existe hoy en día en nuestro país, y que se debe a la escasez de normativa básica sobre la cuestión. Como indica ILDEFONSO HUERTAS⁷⁹⁴, existe “un panorama extremadamente peculiar para cada territorio autonómico”, destacando cómo en algunas Comunidades Autónomas se rebajan las exigencias de especialización de los órganos de selección.

Un ejemplo sobre las características que debe reunir la normativa reguladora de los órganos de selección puede hallarse en el Dictamen 185/2005 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, relativo al Proyecto de Decreto por el que se regula la composición, designación y funcionamiento de los tribunales calificadoros de las pruebas selectivas para acceso a la función pública regional. Dicho proyecto exigía al Presidente del órgano de selección la pertenencia al Grupo funcional A o B, pero el citado Dictamen señala que “no garantiza por sí sola la idoneidad del designado para la realización de las funciones que el Proyecto asigna al Presidente (...) la regulación que del Presidente efectúa el Decreto 68/1992 ofrece mayores garantías, pues junto a la exigencia de contar con un reconocido prestigio profesional (...), se le exige ostentar “competencia para enjuiciar los conocimientos y aptitudes requeridos a los aspirantes”, requisito éste que hunde sus raíces directamente en la exigencia legal de idoneidad y en el principio de especialidad, predicables de todos los miembros del tribunal y, con mayor rigor aún, de quien lo preside. Es cierto que apelar a conceptos como el de reconocido prestigio profesional y el de la competencia para enjuiciar unos determinados conocimientos, supone remitir la composición del Tribunal a unos requisitos de perfiles difusos y difícilmente objetivables, que pueden llegar a confundirse con la existencia de una libertad absoluta de la Administración convocante para designar a los Presidentes. (...) Para conjurar dichos riesgos, es necesario que la Administración convocante extreme el rigor en la apreciación de las condiciones de prestigio y competencia profesional del Presidente. (...) En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que no debería omitirse la manifestación expresa de las condiciones de prestigio profesional y competencia del Presidente del tribunal (...). Además, el citado Dictamen añade, respecto de los miembros de los órganos de selección, a los cuales el proyecto de decreto exige formación jurídica y/o administrativa, que “deberían establecerse ciertos criterios para determinar cuándo se tiene formación jurídica y/o administrativa, pues son

⁷⁹³ A esta cuestión ya se ha aludido al tratar de la excesiva fragmentación de los procesos selectivos, en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral.

⁷⁹⁴ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 382.

numerosas las dudas que surgen en la aplicación práctica del requisito (sin ánimo de exhaustividad: ¿qué estudios permiten considerar que se posee una formación jurídica o administrativa?, ¿basta con haber cursado una asignatura del Plan de Estudios de la Licenciatura de Derecho para entender cumplido el requisito?, ¿es suficiente cualquier nivel de Formación Profesional de la rama administrativa para entender cumplido el requisito de formación administrativa?, etc.)”.

3.3.- La imparcialidad

El respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad requiere no solamente que se constituyan órganos de selección cualificados técnicamente, sino que es necesario salvaguardar la imparcialidad de los miembros de estos órganos. Y es que la especialización de los miembros del órgano de selección no implica necesariamente su objetividad e imparcialidad. Como indica FERREIRA FERNÁNDEZ⁷⁹⁵, “sólo unos órganos imparciales podrán realizar un juicio imparcial (...). Es en la determinación de estos órganos donde reside la auténtica garantía de un acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad”. En definitiva, si no se asegura una composición imparcial de los órganos de selección, “habrá desviaciones *ad personam*, bien individualizadas o agrupadas, y la selección será un mero simulacro propio de épocas no democráticas”.⁷⁹⁶ Lógicamente, la imparcialidad exige que “el procedimiento de designación de todos los miembros de los órganos de selección esté fundamentalmente basado en razones técnicas o profesionales y no en otro tipo de consideraciones”.⁷⁹⁷

Sin embargo, una vez más, el EBEP establece una exigencia de principios, pero no la concreta, pues se limita a establecer la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección, sin añadir ningún mecanismo concreto tendente a salvaguardar dicha imparcialidad, en sus artículos 55.2.c) y 60.1. Solamente establece ciertas exclusiones que contribuyen a la imparcialidad, pero no es suficiente. En este sentido, es preciso excluir de la posibilidad de formar parte de los órganos de selección a determinadas personas que (incluso aunque tengan la cualificación técnica) por sus circunstancias personales no son idóneas por causa de su posible parcialidad. Nos referimos a los cargos políticos y sindicales y a determinadas categorías de personal al servicio de la Administración Pública que carecen de estabilidad o que están íntimamente relacionadas con los cargos políticos, como son el personal interino, el personal temporal y el personal eventual. Son, por tanto, reglas de exclusión de la composición política o clientelar de los órganos de selección. Así, indican FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y

⁷⁹⁵ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Aproximación...”, op.cit., pg. 419 y ss.

⁷⁹⁶ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 447.

⁷⁹⁷ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 107.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁷⁹⁸ que respecto de la introducción en los órganos de selección de representantes políticos o sindicales, en todos ellos queda en entredicho el requisito de la imparcialidad, y en algunos casos también el de competencia profesional.⁷⁹⁹

Ya en su momento SÁNCHEZ MORÓN⁸⁰⁰ criticó a la Ley 30/1984 el hecho de no haber introducido directamente otra previsión que también es garantía imprescindible para lograr la imparcialidad, y que consiste en la prohibición de que formen parte de los órganos de selección representantes políticos, miembros de los sindicatos y de los partidos políticos. Añade este autor⁸⁰¹ que, en el ámbito de Estado, esta omisión quedó subsanada en el Real Decreto 364/1995⁸⁰², que dispuso que los miembros de los órganos de selección deben estar formados por funcionarios, aunque esta previsión, si bien va en la línea adecuada, no es suficiente, sino que da cumplimiento más al principio de especialidad técnica que al de imparcialidad. Y ello por cuanto un funcionario puede ser nombrado como miembro de un órgano de selección a propuesta de un sindicato u órgano representativo del personal, o en su calidad de cargo político.

Al respecto, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señaló que “aún hoy, con excesiva frecuencia (y sin ningún reparo), determinan la composición de ciertos órganos de selección mediante la designación de sus miembros por o “en representación” de grupos políticos o sindicales o, en menor medida, de otras asociaciones u organizaciones”. Y añadió que “al efecto, debe recalcar el carácter exclusivamente técnico que debe tener la composición de aquellos órganos. Más aún, el Estatuto debe incluir, como hace la legislación de otros países europeos, ciertas reglas mínimas de exclusión, exigidas por los citados principios de especialización, imparcialidad y profesionalidad (...) para garantizar efectivamente el derecho fundamental establecido en el artículo 23.2 de la Constitución”.

Por ello, la citada Comisión de Expertos propuso que el Estatuto Básico estableciera de manera expresa que la composición de los órganos de selección de empleados públicos de todo tipo debe ajustarse a estrictos criterios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, excluyéndose en todo caso de formar parte de ellos el personal de elección o designación política, comprendido el

⁷⁹⁸ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 57.

⁷⁹⁹ En este mismo sentido, ver MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 198 y ss.

⁸⁰⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 136 y ss.

⁸⁰¹ Op.cit., pg. 136 y ss.

⁸⁰² Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de puestos de trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado.

personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación”. Actualmente, como hemos visto, el artículo 60.2 del EBEP dispone que “*el personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección*”. Como veremos, esta norma coadyuva a la imparcialidad, pero es técnicamente insuficiente.

Por otra parte, el principio de imparcialidad de los órganos de selección ha sido entendido de varias formas en la doctrina. Así, ALEGRE ÁVILA⁸⁰³ entiende que el principio de imparcialidad no impide que las comisiones selectivas “puedan ser designadas por los correspondientes órganos políticos, en virtud, incluso, de mecanismos que aseguren la participación de la minoría política presente en aquellos órganos, precisión ésta que no es sino lógica consecuencia de la más arriba reseñada conexión entre política y administración. Pero, afirmado esto, y aquí estriba la exigencia fundamental derivada del principio de imparcialidad, la clave de bóveda del mismo no es otra sino la presencia en las comisiones juzgadoras de técnicos o expertos, integrados o no en la correspondiente Administración”. De esta opinión se desprende que no todos los miembros de la comisión de selección han de estar especializados, y que son designados por el poder político libremente. Esta conclusión resulta incompatible con el principio de imparcialidad, porque tiene su origen en la confusión entre imparcialidad y especialización, y además implica un entendimiento parcial del objetivo de las comisiones de selección:

- Si una comisión de selección pretende elegir al aspirante más capacitado en función de los principios de mérito y capacidad, no tiene sentido que haya en ella miembros sin la especialización técnica necesaria para realizar esta labor. La tarea a realizar es bien clara: aplicar los criterios de mérito y capacidad, sin otro tipo de consideraciones. Y esto es lo que determina la composición de la comisión de selección. En esta cuestión, pues, no hay conexión ninguna entre política y Administración.

- El hecho de que una persona esté suficientemente especializada no quiere decir que sea una persona imparcial. La imparcialidad viene de la posición subjetiva que la persona tiene respecto de otras instancias (entre ellas la política) que le pueden presionar e influir para realizar una selección no basada exclusivamente en los criterios de mérito y la capacidad. Así pues, la persona, aunque esté técnicamente especializada, debe estar designada de tal modo que no haya dudas sobre su neutralidad y actuación imparcial. Y esta posición subjetiva no queda asegurada si la persona es designada libremente por el órgano de gobierno de la Entidad convocante del proceso selectivo.

⁸⁰³ ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, op.cit., pg. 13.

Así pues, la clave está en que las dos instancias, política (que conlleva el principio de elección) y administrativa (que conlleva los criterios de mérito y capacidad) no pueden mezclarse en la selección de los empleados públicos.

Además, es preciso disponer de un buen sistema de abstención y recusación de los miembros de los órganos de selección.⁸⁰⁴ La cuestión es posible que se entienda mejor con un simple ejemplo. Así, puede citarse la Orden de 13 de julio de 2008, de la Junta de Andalucía, por la que se convocan pruebas selectivas para ingreso en la especialidad Investigación Agraria y Pesquera del Cuerpo Superior Facultativo. Desde hace varios años, la Administración andaluza viene diseñando sus pruebas para los Cuerpos Generales y Facultativos en forma de tipo test. Sin embargo, en esta ocasión, se diseña un concurso oposición, en el que la fase de concurso alcanza el 44 % de la puntuación, siendo uno de los méritos la *“contribución a la innovación tecnológica”*, concepto de evidente valoración subjetiva. Por otro lado, en la fase de oposición, no hay pruebas de examen, ya sea oral, escrito o tipo test, sino que existe una prueba de idioma extranjero, una exposición oral y pública por el aspirante de su visión del estado actual del área temática y orientación propia de la plaza convocada, y la presentación y defensa de un proyecto.

Atendida la naturaleza de las plazas, es posible que sea efectivamente necesario baremar una serie de méritos y no limitarse a la realización de un examen, pero resulta obvio que la subjetividad con que pueden valorarse las dos fases de oposición y concurso es muy alta, por lo que resulta de máxima importancia que el órgano de selección sea totalmente imparcial, ya que, dado el juego que dan estos criterios, sería muy fácil favorecer a algún aspirante aparentando que se han cumplido las exigencias del concurso-oposición. Sin embargo, en esta Orden se contiene directamente el nombramiento de los miembros de las Comisiones de selección, a decisión libre de la Dirección General de Función Pública. Por tanto, se deja en manos de estos miembros designados libremente por el poder político la decisión de un proceso selectivo en el que los criterios de valoración son altamente subjetivos. Esta situación, evidentemente, no es respetuosa con el derecho fundamental del artículo 23.2 CE.

Así pues, procede analizar: a) El modo de designación de los miembros de los órganos de selección, b) Las personas excluidas de formar parte de los órganos de selección, y c) El sistema de abstención y recusación.

3.3.1.- Modo de designación de los miembros del órgano de selección

Habitualmente, salvo algunos casos, son las autoridades convocantes del proceso selectivo las que designan libremente a los miembros del órgano de

⁸⁰⁴ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 100.

selección. Han de someterse a los límites normativos impuestos sobre la composición de dicho órgano, pero, como hemos visto, estos límites se refieren a las exigencias de cualificación técnica y a ciertas exclusiones, pero a partir de ahí, la designación es libre. Esta situación puede afectar gravemente a la imparcialidad de los miembros del órgano de selección y, como más adelante se expone, solamente el sorteo, e incluso la externalización de los miembros del órgano de selección, puede garantizar la imparcialidad.⁸⁰⁵

En esta línea, señalan ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN, y VELÁZQUEZ LÓPEZ que “todos los miembros del órgano de selección deberían ser designados por otros órganos u organismos dotados de independencia funcional”.⁸⁰⁶

3.3.2.- Personas excluidas de los órganos de selección

El principio de imparcialidad exige que no puedan formar parte de los órganos de selección las siguientes personas:

- El personal de elección política.
- El personal de designación política.
- El personal eventual.
- El personal funcionario interino, laboral temporal y estatutario temporal.
- Los miembros designados o propuestos por las organizaciones sindicales, los órganos unitarios de representación del personal y las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.
- Los delegados sindicales y los miembros de los órganos unitarios de representación del personal y las personas que ostenten cargos en los sindicatos o en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.
- Las personas que hayan participado en la preparación de aspirantes.
- Exclusión de la pertenencia al órgano de selección en representación o por cuenta de nadie.
- Normas sobre anticorporativismo.

⁸⁰⁵ También CASTILLO BLANCO, en referencia a los criterios de elección de los miembros de los órganos de selección de los Entes Locales, se pregunta lo siguiente: “¿Se elige en función de las capacidades y habilidades para seleccionar, sin criterio alguno o, lo que es peor, se elige en función de a quien se quiera seleccionar? No parece que la respuesta a esta pregunta tenga una feliz solución en todos los casos”. (CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el empleo público local*, op.cit., pg. 67).

⁸⁰⁶ ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., “Líneas de Reforma...”, op.cit., pg. 492.

- El personal directivo.
- Los representantes de otras Administraciones Públicas.

Las exclusiones enumeradas vienen impuestas por la lógica jurídica, es decir, son la consecuencia inexorable que se deriva del significado de la imparcialidad. Sin embargo, la normativa tradicionalmente no las ha recogido, e incluso en la actualidad la situación no ha quedado totalmente subsanada tras la promulgación del propio EBEP, cuyo artículo 60 dispone que:

“2. El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”.

Se analiza a continuación la cuestión en abstracto, partiendo de las exigencias que, por estricta lógica, vienen impuestas por el principio de imparcialidad.

A) El personal de elección política

El EBEP excluye de los órganos de selección al personal de elección política, exclusión que hace referencia a aquellas personas que ostentan un cargo electivo. Como indica FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁰⁷, el artículo 60 tuvo su origen en la propuesta del Informe de la Comisión de estudio del EBEP, que se fundamentaba en los graves problemas de clientelismo político y personal que se habían dado en el ámbito de la Administración Local. En efecto, la normativa vigente sobre Entes Locales⁸⁰⁸, anterior al EBEP, está orientada precisamente en la dirección contraria, pues presenta dos problemas: a) Está expresamente previsto que actúe como Presidente de los tribunales de selección el Presidente de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue.⁸⁰⁹ b) Además se establece que la composición de los órganos de selección será *“predominantemente”* técnica, de manera que no es preciso que sea totalmente técnica.⁸¹⁰

Obviamente, si algún miembro del órgano de selección no es designado por un criterio estrictamente técnico, ¿qué otro criterio puede ser utilizado para configurar la composición del órgano de selección que sea respetuoso con los

⁸⁰⁷ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 130.

⁸⁰⁸ Artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local que no precisan habilitación estatal.

⁸⁰⁹ Previsión que ya se ha indicado que no tiene carácter de legislación básica.

⁸¹⁰ Previsión que ya se ha indicado que tiene carácter de legislación básica.

principios de mérito y capacidad? Como indica SÁNCHEZ MORÓN⁸¹¹, esta regla “carece de toda lógica jurídica”, pues, si de lo que se trata es de evaluar exclusivamente los méritos y capacidad de los candidatos, los evaluadores deben tener todos ellos cualificación técnica, pues “la introducción de cargos políticos (o de representantes sindicales) en los órganos de selección incorpora puntos de vista distintos, incompatibles objetivamente con el principio de imparcialidad”. En efecto, el artículo 60.2 EBEP pretende poner fin a una práctica irregular muy reiterada en el tiempo, y que incluso estaba sancionada por las propias normas jurídicas, especialmente en el ámbito local, a través del artículo 4 del Real Decreto 896/1991. Estas normas que designan cargos políticos para formar parte de los órganos de selección han quedado, por tanto, automáticamente derogadas por el EBEP⁸¹², sin perjuicio de que ya eran inaplicables por ser inconstitucionales.

Así, como indica SERRANO FERRER⁸¹³, es de estricta lógica entender que la redacción del artículo 4.e) y f) del Real Decreto 896/1991 es inconstitucional, porque, al establecer una composición “*predominantemente*” técnica, pero no exclusivamente técnica, se vulnera el principio de mérito y capacidad, pues un órgano no exclusivamente técnico no puede basar sus decisiones en razones estrictamente técnicas. En esta misma línea, FERREIRA FERNÁNDEZ⁸¹⁴ indica que la inclusión automática del Presidente de la Corporación Local como Presidente del órgano de selección suscita serias dudas y resulta arbitraria. Así lo entiende también SERRANO PASCUAL⁸¹⁵, que alude al aspecto de herencia de tiempos pasados que tiene esta previsión reglamentaria, añadiendo que, por su carácter inconstitucional, dicho artículo 4 e) y f) debería ser inaplicado por los órganos judiciales, así como el Poder Ejecutivo debería revisarlo de oficio o derogarlo. En esta misma línea cabe citar a FONDEVILA ANTOLÍN⁸¹⁶, que considera excluidos también a los miembros de las Juntas de Gobierno Local no concejales, por ser de designación política según resulta del artículo 126.2 LBRL, y también al personal directivo local de libre designación, al amparo del artículo 176.3 del Real Decreto-ley 781/1986.

Sobre esta cuestión, en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, el Ministerio de Administraciones Públicas ha manifestado que “debe entenderse por “personal de elección política” los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de

⁸¹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 136 y ss.

⁸¹² También en este sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”. op.cit., pg. 215.

⁸¹³ SERRANO FERRER, M^a. E., artículo publicado en el Blog Espúblico (<http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>). Ver también FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 134.

⁸¹⁴ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Aproximación...”, op.cit., pg. 424.

⁸¹⁵ SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica...”, op.cit., pg. 3132 y ss.

⁸¹⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 130.

Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local”.

El problema existe también en la legislación autonómica sobre funcionarios locales, pudiendo citarse la ley 7/1999, de 9 de abril, de la Administración Local de Aragón, que dispone que el Presidente de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue, presidirá los Tribunales que se constituyan para la selección de los funcionarios de las Entidades Locales. Esta previsión también es considerada inconstitucional, por algunos como SERRANO PASCUAL⁸¹⁷, quien también denuncia la misma situación en la Ley 8/1987, Municipal y de Régimen Local de Cataluña. Esta ley parecía incluso ir más allá, como indica el citado autor, ya que disponía que un tercio de los miembros del órgano de selección serían “miembros” o Funcionarios de la Corporación Local, lo cual vulnera frontalmente los principios de especialidad técnica y de no presencia de cargos políticos en el órgano de selección. Como indica SERRANO FERRER⁸¹⁸, parece necesario diferenciar un espacio para la decisión política y otro para la técnica en la Administración local, vetando, por tanto, al poder político que decida quiénes ocupan los puestos de trabajo que han de asignarse con criterios de mérito y capacidad.

Debe indicarse que durante la tramitación del EBEP, una vez ya aprobado el proyecto de ley en el Congreso de los Diputados, se pretendió a través de una enmienda en el Senado⁸¹⁹ que la exclusión del personal de elección o designación política no afectase a los Entes Locales, de modo que la ley solamente estableciera que “en la Administración General del Estado y en las Administraciones Autonómicas, el personal de elección o de designación política no podrá formar parte de los órganos de selección”. Afortunadamente esta enmienda no prosperó, de donde cabe deducir que el legislador ha querido excluir también al personal de elección o designación política de los Entes Locales. En relación con la cuestión, también añade FONDEVILA ANTOLÍN⁸²⁰ que otro argumento en contra de excluir en los órganos de selección la presencia automática del Presidente de la Corporación Local es entender que ello supondría un vaciamiento de las competencias locales y de la autonomía local reconocida en el artículo 140 de la Constitución, en el sentido de que la prohibición de participación en el órgano de selección de estos cargos implicaría la supresión de las competencias de gestión de personal del Alcalde, o al menos la competencia

⁸¹⁷ SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica...”, op.cit., pg. 3132 y ss.

⁸¹⁸ SERRANO FERRER, M^a. E., artículo publicado en el Blog Espúblico (<http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>).

⁸¹⁹ Presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Senado, la n^o. 108, Boletín Oficial del Senado, Serie II, n^o. 85, de 15 de marzo de 2007.

⁸²⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 137.

de gestión de la selección de personal⁸²¹, ya que precisamente el Alcalde es el Jefe Superior del personal de la Corporación Local. Sin embargo, como indica el citado autor, las competencias en materia de selección de personal son un amplio abanico que comprende la elaboración de la Oferta de empleo público y su aprobación, el establecimiento de las bases reguladoras del proceso selectivo y otras cuestiones, sucediendo además que la participación en el órgano de selección “no constituye un elemento esencial de la competencia atribuida” en materia de personal.

El artículo 60.2 EBEP pretende solucionar la cuestión, pero, como indica SERRANO FERRER⁸²², su redacción es “poco afortunada y algo confusa” y, por tanto, genera un inadmisibles clima de inseguridad jurídica en una cuestión nuclear como es la composición de los órganos de selección. Además, parte de la doctrina entiende que la imposibilidad de que el órgano de selección sea presidido por el Presidente de la Corporación se desprende más bien del artículo 60.3 EBEP, que dispone que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*.⁸²³ Así, si el Presidente de la Corporación es nombrado como miembro del órgano de selección por ser Presidente de la Corporación, parece que no es nombrado a título individual, sino como representante de la Corporación.

A efectos de interpretar el citado artículo 60.2 EBEP, resulta de interés analizar lo que se manifestó en el propio Informe de la Comisión de expertos para la elaboración del EBEP, que se refería expresamente a la habitual designación de los miembros de los órganos de selección “por o en representación de grupos políticos”, proponiendo que se excluyera de formar parte de los órganos de selección al “personal de elección o designación política, comprendido el personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos”. Además, el citado Informe indicaba expresamente que “las mismas reglas deben aplicarse en el ámbito de la Administración Local”.

B) El personal de designación política

El EBEP excluye de los órganos de selección al “personal de designación política”, exclusión que se refiere a las personas que han sido designadas por razones políticas para desempeñar el cargo. Este concepto no es de fácil

⁸²¹ D'ANJOU GONZÁLEZ, J., “El Estatuto básico del Empleado Público, Primer apunte al mismo”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 14, 2007, pg. 2414 y ss.

⁸²² SERRANO FERRER, M^a. E., artículo publicado en el Blog Espúblico (<http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>).

⁸²³ SOTO MIRONES, P., <http://www.cositalcantabria.org/phpBB2/viewtopic.php?t=277&highlight=>.

interpretación, porque, a diferencia del personal de elección política, la ley no define aquel concepto. Por ello, autores como PALOMAR OLMEDA entienden que hubiera sido técnicamente más correcto referirse expresamente a algún concepto legal (como el de altos cargos) o al órgano de nombramiento.⁸²⁴ En todo caso, puede entenderse que se trata de las personas que son discrecionalmente nombradas por el poder político para desempeñar un cargo. En esta línea, ROMERO ALONSO⁸²⁵ considera que la expresión se refiere a los altos cargos de las Administraciones Públicas, en la medida en que son designados libremente por su afiliación política.⁸²⁶

Así, el Real Decreto que anualmente regula la Oferta de empleo público en la Administración General del Estado viene estableciendo que los altos cargos, aunque sean funcionarios de carrera, no pueden formar parte de los órganos de selección.⁸²⁷ La medida coadyuva a asegurar la imparcialidad, aunque autores como PALOMAR OLMEDA⁸²⁸ hayan dudado de su legalidad, ya que el Real Decreto que regula la OEP cada año tiene naturaleza temporal y la regla de exclusión de los altos cargos no viene establecida en el Real Decreto 364/1995, regulador del ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado. Estas dudas ya no subsisten en la actualidad, ya que el artículo 60.2 EBEP excluye al personal de designación política, dentro del cual se ubican los altos cargos.

En cambio, se entiende que la expresión “personal de designación política” no se refiere al personal funcionario nombrado por libre designación.⁸²⁹ Así, en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, el Ministerio de Administraciones Públicas ha manifestado que el “personal de designación política” no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, ya ésta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal”.

La falta de concreción del artículo 60 EBEP ha dado lugar al planteamiento de litigios sobre la materia, pudiendo destacarse la STS de 8 de noviembre de 2012, relativa al Tribunal de selección en los concursos para la provisión de plazas de Jefe de Servicio y de Sección en las instituciones sanitarias del Instituto Catalán

⁸²⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2011, pg. 229.

⁸²⁵ ROMERO ALONSO, L., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 12/2010, pg. 1887.

⁸²⁶ En la misma línea, CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 168.

⁸²⁷ Así lo dispone el Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de empleo público para el año 2013.

⁸²⁸ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2003, pg. 311.

⁸²⁹ ROMERO ALONSO, L., “Adquisición y pérdida...”, op.cit., pg. 1887, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”. op.cit., pg. 215.

de Salud, regulados en la Orden de 25 de agosto de 1986. Esta Orden establece que el órgano de selección se compone del director gerente de la institución hospitalaria de que se trate, el Director médico del hospital correspondiente y un facultativo especialista con plaza fija designado por el Colegio Profesional correspondiente. La citada sentencia parte de la acertada premisa de que “cuando la condición de miembro de un órgano de selección deriva automáticamente del puesto de trabajo o cargo que ocupa el designado, lo relevante, a efectos del control de la legalidad, será determinar la naturaleza de la relación para lo que tiene relevancia dilucidar cuál fue el sistema utilizado, en su día, para efectuar el nombramiento en virtud de la cual pasó a ocupar aquel concreto puesto de trabajo o cargo”. Y, sobre esta base, concluye que el Gerente territorial es un cargo directivo del Instituto Catalán de Salud, asimilado a un alto cargo, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley catalana 8/2007, por lo que tiene prohibido ser miembro de órganos de selección según el artículo 60.2 EBEP, es decir, por ser cargo de designación política.

En cuanto al Director Médico, señala la sentencia que es nombrado por la Dirección del Instituto Catalán de Salud, mediante un procedimiento de libre designación con convocatoria pública, siendo un puesto de alta dirección, pero que no se asimila a un alto cargo, y cuyo nombramiento debe respetar los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad, por lo que no aprecia que incumpla lo dispuesto en el artículo 60.2 EBEP, ni perjudique el principio de imparcialidad. No obstante, está por ver que el personal que ocupa un puesto en virtud de un nombramiento de libre designación esté en una verdadera situación de imparcialidad, toda vez que en la libre designación, aunque haya convocatoria pública, intervienen motivos de confianza y afinidad, y cabe el cese discrecional de la persona así designada. Desde la perspectiva de la técnica legislativa, hubiera sido más correcto que el EBEP hubiera indicado expresamente que dentro del personal designación política se entienden incluidos los altos cargos⁸³⁰.

⁸³⁰ Y es que, con anterioridad al EBEP, la inclusión de los Altos Cargos en los órganos de selección ha sido incluso admitida por algunas resoluciones judiciales, tales como la STSJ de las Islas Baleares de 10 julio de 1995, que señala que “que la exclusión de los altos cargos de las tareas selectivas en atención a la dedicación que estas exigen y al carácter estrictamente profesional de los órganos encargados de ellas sea medida aconsejable, como así nos parece, y así viene reconociéndolo la Administración del Estado en sus ofertas públicas de empleo -por todos, artículo 13 del Real Decreto 265/1992-, sin embargo, no es criterio que comparta la Administración de la Comunidad Autónoma, sea porque piense que las tareas de selección no exigen tanta dedicación ni profesionalidad, o sea porque considere que sus altos cargos -Vicepresidente, Conseller, Dir. General y Secretario General- pueden desempeñarlas sin merma de sus tareas propias -públicas y privadas-, de manera que, al fin, no resultando la incompatibilidad de lo previsto en el artículo 32 de la Ley 5/1984 y en tanto no se acreditase cumplidamente la falta de especialización o daño a la agilidad del proceso -artículo 54 de la Ley 2/1989-, el criterio adoptado por la Comunidad Autónoma no se aparta del Derecho. En tal sentido, como señala la Letrada de la Comunidad Autónoma, las Leyes de Presupuestos, al regular la indemnización a los altos cargos por participar en tribunales de oposición, también ponen de manifiesto que la incompatibilidad no está establecida normativamente”.

C) El personal eventual

El personal eventual sí ha quedado excluido expresamente por el artículo 60.2 EBEP, que, como indica SÁNCHEZ MORÓN⁸³¹, responde a la necesidad de evitar interferencias políticas, pues el nombramiento de este personal se produce por libre decisión del poder político, y su subsistencia en el puesto de trabajo depende de esa libre decisión también, situación que presenta el riesgo de vasallaje y de recepción de instrucciones contrarias a la imparcialidad.

D) El personal interino, laboral temporal y estatutario temporal

Solamente los funcionarios interinos han quedado expresamente excluidos por el artículo 60.2 EBEP, por carecer de la imparcialidad que proporciona la inamovilidad del funcionario en su condición de tal. Por tanto, el citado artículo, en su tenor literal, se ha quedado corto, al no excluir a los otros dos colectivos, que también carecen de estabilidad en el puesto de trabajo: el personal laboral temporal y el personal laboral estatutario temporal.⁸³² En todo caso, este personal queda también excluido, ya que en él concurre la misma circunstancia de precariedad que en el personal interino, por lo cual su exclusión viene también exigida por el principio de imparcialidad.

Desde la perspectiva de la técnica legislativa, hubiera sido más correcto que el EBEP hubiera indicado expresamente que se excluye también al personal laboral temporal y estatutario temporal.

E) Los miembros designados o propuestos por los sindicatos, los órganos unitarios de representación del personal o las asociaciones representativas de los empleados públicos

Viene siendo una práctica habitual la designación o propuesta por las organizaciones sindicales de parte de los miembros de los órganos de selección, cuya imparcialidad queda entonces en entredicho. La atribución de esta facultad a las organizaciones sindicales no tiene justificación lógica ni jurídica, ya que los

⁸³¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 407.

⁸³² FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 139, y “La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales Reguladores del acceso al empleo público”, *JA*, Lex Nova, nº. 40, 2008, pg. 65, y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2008, pg. 125.

Esta insuficiencia en la exclusión ha sido subsanada en alguna ley autonómica, como la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que excluye al “personal funcionario interino o laboral temporal”.

intereses que representan, que son los de sus afiliados, nada tienen que ver con el interés al que responden los procesos selectivos: el interés de toda la ciudadanía en que se apliquen efectivamente los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el interés público en disponer del personal más cualificado. Por tanto, dado que los sindicatos, por definición legal y constitucional, representan los intereses de sus afiliados, no tiene sentido que se les atribuya la facultad de elegir o influir en la elección de ningún miembro de los órganos de selección.⁸³³

En todo caso, no es ésta la argumentación que viene exponiéndose por la doctrina en general, sino que la exclusión de la denominada “cuota sindical” en los órganos de selección suele fundamentarse en la misma finalidad que la exclusión de los cargos de elección política: salvaguardar la imparcialidad y objetividad del órgano de selección, evitando casos de clientelismo y favoritismo. Efectivamente, este es otro de los problemas que plantea la intervención de las organizaciones sindicales en la configuración de los órganos de selección: el riesgo intolerable y constatado ya en ocasiones de que su actuación esté dirigida a favorecer a sus afiliados o a determinados colectivos, o incluso a personas concretas vinculadas al sindicato.

Por tanto, esta exclusión era uno de los puntos más necesarios a incluir en una nueva ley sobre empleo público, máxime si tenemos en cuenta que la práctica judicial no era contundente en este aspecto.⁸³⁴ Sin embargo, dicha exclusión no figura expresamente en el artículo 60.2 EBEP, que sólo excluye explícitamente al “personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual”.

Parte de la doctrina, con autores como SÁNCHEZ MORÓN⁸³⁵, FONDEVILA ANTOLÍN⁸³⁶, RAMOS MORAGUES⁸³⁷ y GIL PLANA⁸³⁸, ubica la cuestión en el

⁸³³ La circunstancia de que solo representan los intereses parciales de los empleados públicos o incluso de sus afiliados, es argumentada también por MOLINA GARCÍA para excluir la posibilidad de que sindicatos o representantes unitarios de los trabajadores designen a miembros de los órganos de selección del personal laboral. Y es que los afectados siempre son ciudadanos, no sólo empleados públicos que vuelvan a presentarse a procesos selectivos. (Ver MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 202). Ver también FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria...”, op.cit., pg. 66.

⁸³⁴ Puede destacarse, por ejemplo, la sentencia de 12 de enero de 2000 del TSJ de la Comunidad Valenciana, que admite la validez de un Acuerdo de un Ayuntamiento sobre personal funcionario, que garantizaba la presencia de los Sindicatos más representativos en todos los procesos de selección de personal de la Corporación, con voz y voto, en las mismas condiciones que los Ediles del mismo, señalando que “dicha previsión, en principio, no resulta contraria al ordenamiento y sólo en la medida que de su aplicación o interpretación resulte la infracción al mismo, procederá la anulación del acto concreto y singular”.

⁸³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 407.

⁸³⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 137.

⁸³⁷ RAMOS MORAGUES, F., “La participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección del personal de las Administraciones Públicas tras el EBEP”, *Revista de Jurisprudencia*, nº. 3, 2011.

artículo 60.3 EBEP, que establece que “la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”. Por tanto, si se considera que las personas que son designadas por los sindicatos no pertenecen al órgano de selección a título individual, quedan entonces excluidas. Y puede entenderse que no pertenecen al mismo a título individual, puesto que el ser designado o propuesto por un sindicato implica en la práctica un vínculo de representación, aunque no esté formalizado.

El artículo 60 EBEP tiene una larga historia, estando su origen en la sugerencia del Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP, de que se excluyera de los órganos de selección a los “representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos”. Sin embargo, los sindicatos (que finalmente apoyaron el EBEP) rechazaron (como era de esperar) esta previsión (que les restaba poder), por lo que la misma sufrió cambios a lo largo del proceso de elaboración del EBEP⁸³⁹, consiguiéndose finalmente que no aparecieran explícitamente excluidos los miembros de los sindicatos y los órganos de representación unitaria. Esto ha dado lugar a la sustitución de una norma clara por otra oscura, lo cual resulta muy criticable, máxime si tenemos en cuenta que de la composición del órgano de selección depende la aplicación efectiva de los principios de mérito y capacidad en el proceso selectivo.

El Proyecto de Ley del EBEP establecía en su artículo 60.3 que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses”*. Sin embargo, en virtud de diversas enmiendas, se acabó suprimiendo estas referencias en el artículo 60.3, que quedó limitado a prohibir que la pertenencia a los órganos de selección se ostentara *“en representación o por cuenta de nadie”*.

Efectivamente, el Grupo Parlamentario de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds formuló las enmiendas nº. 173 y 174,⁸⁴⁰ en las que se proponía suprimir el apartado 60.3 EBEP y añadir un apartado 3 al artículo 60, que estableciera que *“las organizaciones sindicales representativas podrán participar con efectos fiscalizadores en los órganos de selección. Esta participación será con voz pero sin voto”*. También el Grupo Parlamentario Mixto presentó la enmienda nº. 243 proponiendo la adición de un apartado 4 al artículo 60 EBEP, que estableciera que *“las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección”*. Por su

⁸³⁸ GIL PLANA, J., “La selección del personal laboral de las Administraciones locales”, *REL*, nº. 112, 2008, pg. 30.

⁸³⁹ En el mismo sentido FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 140.

⁸⁴⁰ Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, nº. A-94-9, de 24 de noviembre de 2006.

parte, el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana propuso, en la enmienda nº. 200, la supresión íntegra del artículo 60.3 EBEP.

Posteriormente, en la fase del Senado, el Bloque Nacionalista Galego⁸⁴¹ propuso la adición de un apartado que estableciera que “*las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección*”. Esta enmienda deja clara la exclusión de estas organizaciones en las tareas del órgano de selección, y cómo se les compensa con la facultad de obtener información sobre la actuación de dicho órgano.

Sobre la base de esta evolución en la tramitación parlamentaria del EBEP, y el hecho de que no figure expresamente la exclusión en el artículo 60 EBEP, LÓPEZ GÓMEZ entiende que el legislador ha admitido la intervención de los representantes de los empleados en los órganos de selección.⁸⁴² Sin embargo, gran parte de la doctrina entiende que su intervención queda vedada. Así, SALA FRANCO⁸⁴³ considera que, aunque la redacción final del EBEP no excluye expresamente la presencia de representantes sindicales en los órganos de selección, entiende que el artículo 60.3 EBEP lo excluye. Asimismo, extrae la misma conclusión con base en la interpretación sistemática con el artículo 61.7 EBEP, que prevé solamente formas de colaboración de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos, no en los órganos de selección. Finalmente, el citado autor extrae la misma conclusión del principio de imparcialidad, que sí figura expresamente establecido en el EBEP.

En todo caso, y según una interpretación sistemática y finalista, debemos concluir, siguiendo a SÁNCHEZ MORÓN⁸⁴⁴, que el artículo 60.3 EBEP ha derogado todas aquellas normas y acuerdos que preveían que los sindicatos designaran o propusieran la designación de miembros del órgano de selección.⁸⁴⁵ Y ello por entender que si se permite a los sindicatos y representantes unitarios

⁸⁴¹ Enmienda nº. 7, Boletín Oficial del Senado, Serie II, nº. 85 (d), de 21 de febrero de 2007.

⁸⁴² LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009, pg. 151.

⁸⁴³ SALA FRANCO, T., “Informe realizado por el Prof. Dr. D. Tomás Sala Franco, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Valencia. Estudio general a solicitud de esta última acerca de la posible participación de las organizaciones sindicales en los tribunales y comisiones de selección del personal funcionario y laboral (docente y no docente) a partir del Estatuto Básico del Empleado Público”, www.uv.es/ugt/doc/mesneg/.../informeuveg.pdf.

⁸⁴⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 407.

⁸⁴⁵ Ver también SALVADOR LAGUARDA, R., “Estatuto del Empleado Público: Veto a los sindicatos en los órganos de selección de empleados públicos”, *AJA*, nº. 824/2011. También los órganos judiciales van asumiendo la prohibición de la intervención de los sindicatos en la elección de los miembros de los órganos de selección, pudiendo citarse la sentencia de 30 de mayo de 2011 del TSJ de la Comunidad Valenciana, que señala que el único modo de garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad es que los miembros de los órganos de selección “no representen a ningún grupo u organización (ya sea política, sindical o de otra índole) cuyos intereses particulares puedan condicionar o influir en su actuación”.

designar o proponer miembros de los órganos de selección, “se genera un vínculo de representación, aún no formalizado”.

También PALOMAR OLMEDA señala que en caso de sugerencia o propuesta de miembros por los sindicatos, “sería difícil no considerar que el propuesto lo es en representación –más o menos formal- de una organización que es, precisamente, lo que está prohibido por la norma. Vayamos, por tanto, al final: lo prohibido es representar a alguien y es difícil entender que esto se cumple cuando la propuesta nace, precisamente, de la organización en cuestión. (...) Lo que realmente prohíbe la norma no es sino la representación formal o informal de una organización”.⁸⁴⁶

También RAMOS MORAGUES⁸⁴⁷ señala que así resulta del espíritu o finalidad del artículo 60.3 EBEP, consistente en garantizar la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, lo cual implica eliminar cualquier influencia externa que pudiera contaminar la decisión de estos órganos haciéndoles perder objetividad.

Aunque, en todo caso, FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁴⁸ alude a la problemática de que se intente seguir nombrando representantes de las organizaciones sindicales de manera encubierta, es decir, respetando formalmente la prohibición al indicar en el nombramiento de los miembros de los órganos de selección que el mismo se hace a título individual, pero estando estos miembros vinculados a las organizaciones sindicales, de manera que *de facto* se mantenga la intervención real de los sindicatos en el proceso selectivo. Entiende este autor que esta práctica constituiría “un fraude *legis*, que con un examen detallado de las convocatorias y las adscripciones sindicales de algunos de los miembros de los órganos de selección, en vía jurisdiccional no sería excesivamente complicado conseguir la nulidad del nombramiento, y en especial, si éstos recaen en personas con cargos en órganos de representación, institucionales (Mesas de Negociación) u organizativos de su propio sindicato”. Pues bien, esta práctica de designaciones solapadas y fraudulentas puede solventarse fácilmente mediante la implantación del sistema de sorteo para la designación de los miembros de los órganos de selección, que es lo que se propone en el presente trabajo.

⁸⁴⁶ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*. Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Dykinson, Madrid, 2011, pg. 231.

También RODRÍGUEZ ESCANCIANO entiende que “ni es posible delegar en organización alguna la designación de miembros de los órganos de selección, ni tampoco designarlos a propuesta de ninguna organización”. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en AA.VV., Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011, pg. 165).

⁸⁴⁷ RAMOS MORAGUES, F., “La participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección del personal de las Administraciones Públicas tras el EBEP”, *Revista de Jurisprudencia*, nº. 3, 2011.

⁸⁴⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 143.

Y, a mayor abundamiento, el principio de imparcialidad precisa la exclusión de quienes, a pesar de resultar designados por sorteo, ostenten cargos sindicales o sean miembros de los órganos unitarios de representación del personal u ostenten cargos en las asociaciones representativas de los empleados públicos.

Debe destacarse que en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, la Administración General del Estado ha manifestado que “la pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en representación o por cuenta de nadie. En consecuencia, no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier entidad representativa de intereses”. Como puede verse, la Administración Estatal interpreta que la norma aplicable es el apartado 3 del artículo 60 EBEP y no el apartado 2.

En este sentido, el Dictamen 127/2008 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, se refiere a la Ley 4/1998 y analiza la previsión contenida en algunas normas acerca del nombramiento, en los órganos de selección del personal laboral o funcionario, de un miembro designado a propuesta de la representación de los trabajadores o de la Junta de Personal. Expone que la redacción final del artículo 60 EBEP ha dado pie a interpretaciones que admiten la participación en los órganos de selección de miembros propuestos por las organizaciones sindicales o por los representantes unitarios del personal, con base en que estos órganos o sindicatos no nombran a estos miembros (los cuales son nombrados por la Administración convocante), sino que sólo proponen su nombramiento, por lo que no existe un mandato representativo, de forma que la persona nombrada no estaría sometido a un mandato o unas instrucciones de su organización sindical que condicionasen su actuación en el órgano selectivo.

Pero el citado Dictamen se plantea entonces “qué sentido tiene dejar la propuesta de ese miembro a la representación del personal, si en la selección ha de actuar de forma rigurosamente técnica y, en consecuencia, neutra respecto de los intereses de los trabajadores a los que representa la entidad proponente”. Esta misma pregunta es la que hay que hacer a aquella parte de la doctrina que continúa manteniendo la posibilidad de que los sindicatos y órganos representativos del personal designen miembros de los órganos de selección. Así, CAVAS MARTÍNEZ⁸⁴⁹ señala que “no debe ser incompatible el respeto a los principios de imparcialidad y profesionalidad con la condición de miembro nombrado o designado por un sindicato, junta de personal u otro ente representativo de intereses de los empleados públicos, con tal que el miembro así designado posea la cualificación técnica necesaria y actúe a título personal, con arreglo a su personal criterio y buen hacer, y no sometido a un mandato

⁸⁴⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, Granada, 2008, pg. 608.

representativo que le obligue a seguir las consignas del ente o asociación que lo haya propuesto”.

Pues bien, por esa misma regla de tres, no sería necesaria la exclusión de ninguno de los colectivos a que se refiere el artículo 60.2, ya que si la persona nombrada asegura que no actúa con sometimiento a instrucciones, sino con arreglo a su personal criterio y buen hacer, no habría problema. Sin embargo, este razonamiento suena excesivamente ingenuo, y el artículo 60.2 precisamente obedece a la cautela de presumir la falta de imparcialidad en esos colectivos.

Como consecuencia de lo expuesto, el citado Dictamen descarta que “a través de la negociación pueda preverse la participación como miembros de pleno derecho de los tribunales calificadoros de personas propuestas por las organizaciones sindicales”. No obstante, debe señalarse que también existen autores que consideran que el citado artículo 60.3 EBEP prohíbe la pertenencia al órgano de selección en representación de un sindicato, así como la designación por éste de los miembros, pero admiten que los sindicatos propongan miembros, ya que no los estarían nombrando o designando, ni éstos actuarían en representación de los sindicatos.⁸⁵⁰

En relación con la exclusión de los miembros designados por los sindicatos, las Administraciones Públicas van aceptando esta exclusión, pero el ciudadano se encuentra a expensas de las interpretaciones que se hagan del EBEP, por cuanto éste no ha sido redactado con claridad. Esta actitud del legislador (más que evidente a la vista del proceso de elaboración del EBEP) es muy criticable desde la óptica de los principios constitucionales que rigen el acceso al empleo público. Por tanto, en aras de la seguridad jurídica, debería procederse a la inmediata reforma del EBEP para incluir expresamente en el artículo 60 EBEP una referencia a la prohibición de designación o proposición de miembros de los órganos de selección por las organizaciones sindicales.

En cuanto se refiere a las designaciones o propuestas que pudieran efectuar los órganos unitarios de representación del personal o las asociaciones representativas de los empleados públicos, debe llegarse a la misma conclusión negativa. En efecto, el interés que estos órganos y asociaciones tutelan no es el general de los ciudadanos que participan en un proceso selectivo, sino el de colectivos concretos.

Asimismo, La STS de 8 de noviembre de 2012⁸⁵¹ ha destacado que los Colegios Profesionales no pueden designar miembros de los órganos de selección.

⁸⁵⁰ ALFONSO MELLADO, C., “Informe sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público”, *RDS*, nº. 40, 2007, pg. 205 y ss.

⁸⁵¹ Relativa al Tribunal de selección en los concursos para la provisión de plazas de Jefe de Servicio y de Sección en las instituciones sanitarias del Instituto Catalán de Salud, regulados en la Orden de 25 de agosto de 1986, que dispone que el vocal tercero es un

Debe destacarse que se ha planteado también la posibilidad de que las organizaciones sindicales o los representantes unitarios puedan integrarse en el órgano de selección como observadores, en ambos casos con voz y sin voto, de manera que conservarían el derecho a ser convocados y asistir a las reuniones de dicho órgano. Como indica MAURI MAJÓS, se fundamenta esta nueva pretensión alegando que ello contribuye a la vigilancia de la legalidad e imparcialidad del proceso selectivo, pero, esta figura no está legalmente reconocida. Así, concluye este autor que los sindicatos sólo pueden realizar la actividad de supervisión del proceso selectivo desde el exterior del órgano de selección, “debiendo reconocerse a las representaciones de los empleados públicos capacidad suficiente para conseguir información sobre la composición nominal del órgano de selección, la realización de las pruebas y ejercicios, los criterios que puedan establecerse para la integración y aplicación de las bases de las convocatorias y las incidencias que puedan producirse en el proceso selectivo”. Y enlaza esta conclusión con la legitimación que el artículo 36.1 EBEP reconoce a las organizaciones sindicales más representativas para la interposición de recursos contra las resoluciones de los órganos de selección.⁸⁵²

No obstante, destaca el citado autor que los sindicatos se han resistido a la pérdida de intervención en los órganos de selección, habiendo contado en ocasiones con la “debilidad, de nuestras administraciones públicas”, incluso del propio legislador. Así, destaca que el artículo 51.5 de la Ley de Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, reconoce a los representantes unitarios del personal “*las funciones de vigilancia y control del buen desarrollo del procedimiento selectivo*”.

Asimismo, con relación al personal laboral fijo, se ha planteado la posibilidad de incluir a los representantes de los empleados públicos en los órganos de selección con base en la colaboración prevista en el artículo 61.7 del EBEP. Pero los artículos 60 y 61 del EBEP regulan aspectos distintos de la selección de personal (el 60 los órganos selectivos y el 61 los sistemas de selección) por lo que no es posible aplicar el precepto dedicado a los sistemas para resolver cuestiones que afectan a los órganos de selección.⁸⁵³ También entiende GOÑI SEIN que la colaboración en los procesos selectivos no puede consistir, dados los términos tan rotundos del artículo 60.3 del EBEP, en la designación por los sindicatos de representantes en los órganos de selección.⁸⁵⁴

facultativo especialista designado por el Colegio Profesional que corresponda. El TS declara derogada esta norma por el artículo 60.3 EBEP.

⁸⁵² MAURI MAJÓS, J., “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, *QDL*, nº. 19, 2009.

⁸⁵³ NIEVES NIETO, N., “El acceso al empleo público laboral”, *RMTI*, nº. 93, 2011.

⁸⁵⁴ GOÑI SEIN, J.L., “Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTI, Madrid, 2009.

Como consecuencia de todo lo expuesto, cualquier cláusula convencional que reconozca a los representantes de los trabajadores (ya sean sindicales o unitarios) la facultad de estar representado, de designar o de proponer debe considerarse derogada por resultar contraria al artículo 60 del EBEP -por aplicación de la disposición derogatoria única del EBEP.⁸⁵⁵ Igualmente, debe considerarse radicalmente nulo cualquier acuerdo relativo al personal funcionario que contenga cláusulas de este tipo.

F) Los delegados sindicales y los miembros de los órganos unitarios de representación del personal, y las personas que ostentan cargos en los sindicatos y en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos

En el anterior apartado se ha analizado la imposibilidad de que los sindicatos, órganos de representación del personal y asociaciones de empleados públicos designen a miembros del órgano selectivo. En el presente apartado se trata de analizar la imposibilidad de que formen parte de los órganos de selección los propios delegados sindicales y los miembros de los órganos unitarios de representación del personal, y las personas que ostentan cargos en los sindicatos y en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos. Y es que, si estos órganos y asociaciones no pueden designar miembros del órgano de selección, por el mismo motivo tampoco sus representantes o cargos electivos pueden pertenecer al órgano de selección. De hecho, el Informe de la Comisión de Expertos hacía referencia a que se excluyera de los órganos de selección a los “representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos”.

Y es que, si los cargos representativos políticos (tales como alcaldes), los empleados públicos temporales y el personal eventual no pueden formar parte de los órganos de selección, en igual situación de riesgo de imparcialidad y clientelismo se encuentran las personas vinculadas a los sindicatos, ya ostentando cargos en éstos, o siendo representantes unitarios de los trabajadores, así como quienes ostentan cargos en las asociaciones representativas de los empleados públicos.

En esta línea, RODRÍGUEZ ESCANCIANO entiende que la imparcialidad es incompatible con la presencia en el órgano de selección de cargos sindicales que no posean la especialización necesaria, y que el artículo 60.3 EBEP “parece que va dirigida fundamentalmente, aunque no se les mencione, a los integrantes activos de las organizaciones sindicales u órganos unitarios de representación de

⁸⁵⁵ GIL PLANA, J., “La selección...”, op.cit., pg. 11 y ss.

los empleados públicos, a quienes se les impide intervenir en calidad de representantes en los tribunales de selección”.⁸⁵⁶

Sin embargo, el EBEP no establece expresamente la exclusión de los delegados sindicales y de los representantes unitarios del personal, y de las personas que ostentan cargos en los sindicatos y en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos. Y hay autores que entienden que una cosa es que los sindicatos designen a los miembros del órgano de selección, y otra cosa es que forme parte del órgano de selección una persona que es miembro de una Organización sindical, pero no representando a esta organización, sino a título individual.⁸⁵⁷

Esta interpretación, sin embargo, no cuadra con la exclusión de los cargos representativos políticos, los funcionarios interinos y el personal eventual, ni con las reglas de abstención que establece la Ley 30/1992. Si tuviéramos que confiar en que las personas que tienen cierta situación o circunstancias que comportan inexorable y objetivamente el riesgo de parcialidad o favoritismo se van a comportar con imparcialidad, entonces no tendrían sentido tampoco las reglas de exclusión del artículo 60m2 y 60.3 EBEP, ni las propias reglas de abstención de la Ley 30/1992.

Por tanto, esta exclusión que no figura en el EBEP debería ser expresamente incluida en el mismo.

G) Las personas que hayan participado en la preparación de los aspirantes

Procede su exclusión en los procesos selectivos, por las vinculaciones que tienen con los participantes. Pero e EBEP no cita expresamente esta exclusión. Por su parte, el artículo 12 del Real Decreto 364/1995 establece que *“no podrán formar parte de los órganos de selección aquellos funcionarios que hubiesen realizado tareas de preparación de aspirantes a pruebas selectivas en los cinco años anteriores a la publicación de la correspondiente convocatoria”*. El mero hecho de darse la circunstancia a que alude este artículo es causa de abstención y recusación según la Ley 30/1992, pero es muy acertado reflejar este caso específico de manera expresa en el tenor literal de la normativa aplicable, para evitar suspicacias en la interpretación de los artículos de la Ley 30/1992 sobre abstención y recusación. Es, pues, una previsión acertada. Además, se evita la exigencia de la prueba sobre la relación del preparador con los aspirantes concretos, prueba que resulta de gran dificultad.

⁸⁵⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público...”, op.cit., pg. 165.

⁸⁵⁷ ROMERO ALONSO, L., “Adquisición y pérdida...”, op.cit., pg. 1887 y ss.

En todo caso, sí procede recoger la matización efectuada por PALOMAR OLMEDA⁸⁵⁸ en el sentido de que la excepción es demasiado amplia, pues excluye no sólo a los preparadores de los Cuerpos o Escalas a que se refiere el proceso selectivo concreto, sino que excluye a quienes preparen aspirantes a cualquier proceso selectivo.⁸⁵⁹ Esta cuestión ha sido subsanada por la Ley/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, que excluye a *“las personas que, en los cinco años anteriores a la publicación de la convocatoria correspondiente, hayan preparado a personas aspirantes para el acceso al cuerpo, escala, especialidad o categoría profesional objeto de la convocatoria”*. Por su parte, la doctrina viene pronunciándose en la línea de ceñir la prohibición a los procesos selectivos de la Especialidades en las cuales haya desarrollado su actividad de preparación el preparador.⁸⁶⁰

H) Exclusión de la pertenencia al órgano de selección en representación o por cuenta de nadie

El artículo 60.3 EBEP dispone que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*. Parte de la doctrina, como se ha señalado anteriormente, viene incluyendo aquí a los miembros designados o propuestos por organizaciones sindicales, exclusión ésta que no figura expresamente en el artículo 60.2 EBEP. Así lo ha entendido también la Administración General del Estado en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, como se ha expuesto.

I) Normas sobre anticorporativismo

La legislación ha ido incorporando medidas anticorporativistas, como el artículo 19.2 de la Ley 30/1984, que, con carácter de norma no básica, establecía que *“en ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”*. Como se ha indicado anteriormente, esta misma previsión se contiene en numerosas leyes autonómicas. Este precepto ha recibido comentarios a favor y en contra, por los efectos que produce. En efecto, por un lado, autores como GARRIDO

⁸⁵⁸ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 2000, pg. 301.

⁸⁵⁹ En esta misma línea se pronuncia ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 383.

⁸⁶⁰ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 129.

FALLA⁸⁶¹, entienden que esta previsión es contradictoria con los principios de mérito y capacidad, porque excluye precisamente a quienes tienen la capacidad técnica para valorar dichos mérito y capacidad⁸⁶². Sin embargo, lo que subyace a esta previsión es el miedo del legislador a que los Cuerpos controlen el acceso a ellos mismos, dando lugar a endogamias contrarias a los principios de mérito y capacidad.⁸⁶³

Hemos de indicar, sin embargo, que esta regla tiene señalada su propia excepción al excluir al personal “*docente e investigador*”, que cuentan con “*peculiaridades*” en este punto. No obstante, parte de la doctrina entiende que esta regla sí debe extenderse a la selección del profesorado. Así, MARTÍN MORENO considera que “se trata de una de las medidas más efectivas que pueden adoptarse para luchar contra la endogamia existente en la Universidad, sea la de origen estrictamente local o la que se identifica como propia de las “escuelas”.”⁸⁶⁴

El EBEP no establece expresamente la citada regla anticorrorativista, aunque para la Administración General del Estado la Orden APU/3416/2007, de 14 de noviembre, reguladora de las bases comunes para los procesos selectivos de acceso, mantiene dicha regla.⁸⁶⁵ Lo que sí parece conveniente es que, dada la estructura compleja del Estado español, en Comunidades Autónomas y Entes Locales, existen numerosos Cuerpos funcionariales o categorías laborales que, con similares funciones, pertenecen a distintas Administraciones Públicas, por lo que es muy recomendable que la ley disponga que en el órgano de selección no más de la mitad de los miembros pertenecerán al Cuerpo o categoría laboral convocada, pudiendo completarse el resto de miembros con personas pertenecientes a Cuerpos o categorías laborales homólogas pero de otras Administraciones Públicas o Entes del Sector Público.

J) El personal directivo

Plantea FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁶⁶ la cuestión de si el personal directivo también debe quedar excluido de los órganos de selección, entendiéndose que este personal no está incluido en ninguna de las clases de personal definidas en el

⁸⁶¹ GARRIDO FALLA, F., *Reformas de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1985, pg. 76

⁸⁶² También SANTAMARÍA PASTOR (en Prólogo, op.cit.) indica que los problemas de imparcialidad no se resuelven introduciendo el pluralismo corporativo en los órganos de selección.

⁸⁶³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 472, y ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 167 y ss.

⁸⁶⁴ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 44.

⁸⁶⁵ Estableciendo que, salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección no podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios del mismo Cuerpo al que se refiera el proceso selectivo.

⁸⁶⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 139.

artículo 8.2 EBEP, y que el artículo 13 EBEP no indica cuáles son los procedimientos concretos para nombrar a este tipo de personal, de manera que “no es descartable que su nombramiento sea absolutamente discrecional y por ello político o cuasipolítico”, lo cual conduciría a su inclusión en el apartado de personal de designación política, que quedaría excluido de los órganos de selección. Sin embargo, la cuestión no está resuelta, existiendo autores que entienden que la expresión “*personal de designación política*” se refiere al personal jerárquicamente inferior al personal directivo.

K) Los representantes de otras Administraciones Públicas

En ocasiones la normativa reguladora de los órganos de selección introduce como miembros de los mismos a representantes de otras Administraciones, de manera que estas Administraciones intervienen en el proceso selectivo del Ente convocante. Éste ha sido el caso de los Entes Locales, ya que el artículo 4.f) del Real Decreto 896/1991 atribuye la condición de miembro del órgano de selección a un “*representante de la Comunidad Autónoma*”. Al respecto, parte de la doctrina considera que el artículo 60.3 EBEP, al prohibir la participación que no sea a título individual, ha prohibido también este tipo de representantes.⁸⁶⁷

Por su parte, en los Criterios para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local, el Ministerio de Administraciones Públicas ha manifestado que “los funcionarios de carrera que presten sus servicios en otras Administraciones Públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostenten una representación orgánica o institucional de aquellas”.

Puede citarse el Dictamen 127/2008 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, que se refiere a la Ley 4/1998, de 22 de julio, donde se establece que formará parte de los órganos de selección para el acceso a las diferentes Escalas y categorías de los Cuerpos de Policía Local de Murcia un representante de la Consejería competente en la materia, planteándose la duda acerca de si esta previsión ha sido derogada tácitamente por el artículo 60.3 EBEP. El citado Consejo Jurídico no entiende que se haya producido esta derogación, porque la participación del vocal autonómico en los tribunales calificadoros de la Administración local no responde al ejercicio de una función representativa de la Administración a la que pertenece, sino que acude al órgano en virtud de un principio de colaboración interadministrativa, de modo que será admisible su intervención si no es “portador de mandatos o instrucciones de actuación que, por responder a intereses propios del órgano o institución proponente, pudieran interferir en la actuación estrictamente técnica de la selección”.

⁸⁶⁷ Op.cit., pg. 145, y SOTO MIRONES, P., <http://www.cositalcantabria.org/phpBB2/viewtopic.php?t=277&highlight=>.

También el Consejo Consultivo de Andalucía ha señalado en su Dictamen 83/2008 que “en ningún momento llegó a pasar por la mente del legislador que el “representante” de la Comunidad Autónoma pudiera estar incurso también en el referido supuesto, pues actúa a título individual, y no puede estar sujeto a instrucciones que predeterminen el resultado de la selección y se alejen del fin último de selección de los aspirantes más capacitados. Por supuesto, también tiene que cumplir todos los requisitos exigibles, comenzando por su rigurosa preparación técnica, profesionalidad e imparcialidad. En suma, el representante de la Comunidad Autónoma no puede considerarse en modo alguno que incurra en la prohibición de concurrir al órgano colegiado “en representación o por cuenta de”, en el sentido querido por el artículo 60.3 y, desde luego, no acude al mismo para hacer valer una voluntad de una “entidad representativa de intereses”, pues es designado por la Administración de una Comunidad Autónoma obligada a actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y a servir con objetividad los intereses generales”.

Lo cierto es que, si la persona designada por la Comunidad Autónoma actúa a título individual y sin sometimiento a instrucciones, no se entiende por qué el Real Decreto 896/1991 lo denomina “representante” de la Comunidad Autónoma. Está claro que cuando alguien es representante de alguien, lo es en su interés y obedece sus instrucciones. Lo más adecuado sería reconocer que las Comunidades Autónomas en ciertas cuestiones asumen un control de legalidad sobre los Entes Locales, que en este caso es participando en el propio órgano de selección, y que no es un control de oportunidad. Explicitando esta función, entonces sí tendría más sentido la admisibilidad de estos representantes autonómicos. Y, si su tarea es realizar un control de legalidad, no sería necesario que actúen como miembros del órgano de selección, sino como observadores directos, con voz pero sin voto. En todo caso, si actúan como miembros del órgano de selección, deberán reunir las condiciones de especialización técnica e imparcialidad afectantes a cualquier miembro, lo cual implica la técnica del sorteo.

Refiriéndose al Real Decreto 896/1991, sobre selección de funcionarios propios de los Entes Locales, FERREIRA FERNÁNDEZ entiende que es “cuestionable la previsión general de que uno de los vocales de la Comisión deba ser un representante de la Comunidad Autónoma respectiva, solución que en los términos en que está planteada no va a su-poner un refuerzo de las garantías de imparcialidad y objetividad, sino una simple e injustificada interferencia en el ámbito de decisión local, sólo permisible en los supuestos en que, por imperativo legal, dicha participación se dirija a la salvaguarda de las competencias sectoriales que corresponden a la Comunidad Autónoma”, caso en que no nos encontramos.⁸⁶⁸

⁸⁶⁸ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pg. 137.

3.3.3.- Sistema de abstenciones y recusaciones

En el ámbito de los procesos selectivos, como procedimientos administrativos que son, al menos en el ámbito de los Entes con personalidad jurídica pública, rige lo dispuesto sobre abstención y recusación en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. En relación con esta normativa básica, PUERTA SEGUIDO considera que la posibilidad de solicitar la recusación de los miembros del órgano de selección, así como su deber de abstención, resultan insuficientes para garantizar la imparcialidad de los órganos de selección, especialmente en el ámbito local, debido a que las previsiones legales sobre la composición de los órganos de selección es más laxa (no exigiendo a nivel reglamentario mérito y capacidad a algunos de sus miembros, o imponiendo la presencia de cargos representativos), así como existe el riesgo de que los aspirantes y los miembros del órgano de selección se conozcan o incluso mantengan relaciones de amistad, por lo que concurre “un buen cúmulo de elementos propicios para conseguir selecciones ajenas a los imperativos constitucionales”.⁸⁶⁹

Lo cierto es que probar la concurrencia de una causa de abstención es harto complicado, por no decir imposible, debido a los entramados personales y motivaciones que pueden existir en los miembros de los órganos de selección. Pensemos en el caso de los Entes Locales, por ejemplo, donde “todo el mundo se conoce”, dada su más reducida población en numerosos casos. Por tanto, si el Alcalde, por ejemplo, ha pedido a alguno de los miembros del órgano de selección que favorezcan a un determinado candidato porque es hijo de un conocido suyo, es obvio que la prueba de estos hechos resultará, probablemente, de extraordinaria dificultad.

Por ello, si bien debe continuar siendo aplicable la normativa sobre abstención y recusación contenida en la Ley 30/1992, es preciso que, en garantía del principio de imparcialidad, se mejore la regulación sobre la designación de los miembros del órgano de selección, que es donde se pueden encerrar supuestos de favoritismo hacia personas o grupos de personas. Al respecto, MARTÍN MORENO destaca que los supuestos de abstención contemplados en la Ley 30/1992 no son los únicos posibles, citando como ejemplo la no referencia en dicha ley a la relación afectiva análoga a la conyugal, o al caso de hallarse denunciado un evaluador.⁸⁷⁰ Así, la regulación contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial es más completa, incluyendo supuestos como los siguientes:

-Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes (en el caso de los procesos selectivos sería por alguno de los aspirantes) como

⁸⁶⁹ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 187.

⁸⁷⁰ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 48.

responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubieran dado lugar a la incoación de procedimiento penal y éste no hubiera terminado por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento.

- Haber sido sancionado disciplinariamente en virtud de expediente incoado por denuncia o a iniciativa de alguna de las partes (en el caso de los procesos selectivos sería por alguno de los aspirantes).

- Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes (en el caso de los procesos selectivos sería por alguno de los aspirantes).

- Tener pleito pendiente con alguna de éstas (en el caso de los procesos selectivos sería por alguno de los aspirantes).

Por otro lado, debe destacarse que son numerosos los casos en los que participantes en el proceso selectivo denuncian favoritismos en la actuación del órgano de selección imputando la causa a la existencia de una relación profesional entre los miembros del órgano de selección y los aspirantes aprobados, tal como ser alguno de los miembros superior jerárquico de alguno de los aprobados, o trabajar en la misma unidad administrativa. Normalmente, este tipo de reclamaciones no es admitida por los órganos judiciales, por no probarse la actuación parcial del miembro del órgano de selección de que se trate, y no considerarse como la “amistad íntima” que exige la Ley 30/1992.

Un ejemplo podemos encontrarlo en la STSJ de Asturias de 7 noviembre 1997, en la que el recurrente “la existencia de relaciones laborales como funcionarios entre la adjudicataria y alguno o algunos de los miembros de la Comisión de Valoración no implica necesariamente la concurrencia de amistad íntima con todos y cada uno de sus miembros, ni tan siquiera con aquellos con quienes les una relación de trabajo, a no ser que existan otros elementos de esa relación de amistad, cuando además la mera relación de servicios entre funcionarios no tiene cabida en la causa de recusación del apartado 2, e) del citado artículo 28 que la refiere a los servicios de los miembros del Tribunal de Valoración respecto de la persona o personas interesadas o haberle prestado servicios profesionales en los dos últimos años, de cualquier tipo, pues no existe entre funcionarios dentro de la función pública, una relación de servicio y menos del superior con el inferior”.

Sin embargo, es obvio que, aunque no pueda probarse automáticamente la existencia de un trato de favor en los casos en que alguno de los miembros del órgano de selección haya tenido o tenga relación de servicios con alguno de los aspirantes, la situación no es óptima para el ejercicio de la imparcialidad, por lo que debería tipificarse expresamente como causa de abstención esta situación. No se propone aquí su tipificación como causa de exclusión para formar parte de los órganos de selección, porque a priori, es, en muchos casos, imposible determinar qué futuros aspirantes van a tener esa relación con los miembros del órgano de selección.

Otro caso es el analizado por la STS de 28 mayo 2010, en la que el actor denunciaba que el Presidente y un vocal del órgano de selección, respectivamente, Jefe de Servicio Técnico y Arquitecto Técnico de la Unidad Técnica, eran en la fase de oposición, funcionarios dependientes de la delegación de la COTOPV de Oúrense y, por tanto, de la misma unidad administrativa que un aspirante aprobado. El Tribunal Supremo señala que la sentencia de instancia “considera que se trata de meras especulaciones, y como pone de manifiesto la recurrida, los miembros del Tribunal no estaban en una situación de jerarquía en relación con tal funcionario de promoción interna, sin que por esa circunstancia, el pertenecer a la misma Administración que otros miembros del Tribunal pueda presumirse sin más la prueba de la existencia de una causa de abstención o recusación. En definitiva, como la sentencia da por acreditado, el recurrente no aporta pruebas de las supuestas irregularidades que denuncia del proceso selectivo, y que hubieran podido desvirtuar la conformidad a derecho del resultado del proceso selectivo

Por otro lado, PÉREZ LUQUE⁸⁷¹, refiriéndose al ámbito de la Administración Local, indica que el deber de abstención implica la necesidad de expresar nominativamente quiénes son los miembros del órgano de selección, para que los aspirantes puedan conocer quiénes son efectivamente los miembros del Tribunal. A este respecto, destaca la dificultad que para ello implican las expresiones habitualmente utilizadas de “concejal o persona en quien delegue”. Y debe expresarse también el cargo o puesto que ostentan las personas designadas, la condición profesional que tienen (por ejemplo, Cuerpo funcional al que pertenecen) y el título académico que poseen, pues ello es lo que justifica su consideración como personas con capacidad técnica.

Igualmente, podría considerarse deficiente la regulación que la Ley 30/1992 contiene sobre las consecuencias de la falta de abstención o de la falta de recusación. Al respecto, el artículo 28.3 de dicha ley dispone que *“la actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurren motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”*. Está claro que en un proceso selectivo donde existan valoraciones que no sean del todo automáticas (como los ejercicios orales o de desarrollo escrito), o donde se hayan diseñado pruebas por el órgano de selección (un cuestionario tipo test, un supuesto práctico, etc.), la tacha de cualquiera de sus miembros debe generar la invalidez del procedimiento si su actuación ha sido determinante en el resultado del proceso.

Por otro lado, se ha planteado también si, cuando concurre alguna causa de abstención en algún miembro del órgano de selección que afecte de forma determinante a la actuación de éste, debe afectar o no a todos los participantes en el proceso selectivo. Así, la STS de Andalucía de 23 de julio de 2008 analiza las consecuencias de la concurrencia en un miembro del órgano de selección de la

⁸⁷¹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 480.

causa de abstención por amistad íntima con alguno de los participantes. En el caso se había constatado que existía causa de abstención en un miembro del órgano de selección que mantenía íntima amistad con tres aspirantes aprobados y una muy probable filtración por éste de parte de las preguntas del examen a aquellos tres aspirantes, por lo que la Administración acordó anular el ejercicio realizado y repetir la prueba con una nueva conformación del tribunal de selección.

La sentencia señala que “es precisamente el razonamiento empleado por parte de la administración demandada el que pone de manifiesto la vulneración en este caso del ya expuesto principio de conservación de los actos administrativos y la inadecuada extensión de las consecuencias derivadas de la participación del indicado miembro del tribunal de selección y la incidencia de su relación con algunos de los aspirantes a la absoluta totalidad del primero de los ejercicios teóricos desarrollados en el curso de dicho proceso, con beneficio además del resto de los participantes no implicados que no superaron dicha prueba y en evidente perjuicio del actor.

Ya se ha expuesto que una de las manifestaciones del principio de conservación de los actos administrativos no sólo es (...) que la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo que sean independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no habría sido dictado (artículo 64.2 Ley 30/1992) (...) la valoración por parte del tribunal de cada uno de los ejercicios realizados por los aspirantes conforma una parte perfectamente diferenciada del acto constituido por el que pone término a dicho procedimiento y, en el anterior sentido, no puede entenderse que la causa de recusación apreciada y las consecuencias derivadas de ésta (...) permitiesen apreciar la extensión de la causa de nulidad a los ejercicios teóricos realizados por el resto de los aspirantes que no guardaron relación con el miembro del tribunal recusado y respecto de los que desde luego no se demostró o se ofreció prueba alguna relativa a la existencia de vínculo o relación que destacase la falta de honradez y adecuación de los ejercicios realizados. (...) los ejercicios realizados por parte de los aspirantes no relacionados o vinculados con el miembro del tribunal afectado por la causa recusación (...) no aparecían afectados en forma alguna y, por ello y al amparo del principio mencionado, debieron mantenerse en su plena validez y eficacia, vulnerándose esta previsión a partir de los decretos impugnados que extendieron absolutamente la causa de nulidad a la totalidad de los ejercicios realizados”.

Finalmente, debe destacarse también que el artículo 29.5 de la Ley 30/1992 dispone que “*contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento*”. Si la ley no hubiera explicitado esta previsión, los actos administrativos sobre recusación podrían ser recurridos, en la medida en que afectan de manera determinante al resultado del procedimiento. Así pues, debería existir un proceso judicial sumario para resolver las recusaciones no admitidas en vía administrativa. Aunque, dada la lentitud

fáctica del funcionamiento de los procesos judiciales, y teniendo en cuenta la naturaleza que tienen las cuestiones sobre abstención y recusación, lo más efectivo es, como ya se ha dicho, mejorar la normativa sobre designación de los miembros del órgano de selección, implantando un sistema de sorteo, que permitirá reducir de forma muy considerable el riesgo de favoritismos.

Adicionalmente, debería tipificarse expresamente como infracción disciplinaria grave (en el régimen disciplinario de los empleados públicos) la intervención como miembro de un órgano de selección si se acredita mediante resolución administrativa firme o resolución judicial firme que concurría una causa de abstención.

3.3.4.- El momento de la designación de los miembros del órgano de selección

Debe hacerse, además, una referencia al momento en que procede efectuar la designación de los miembros del órgano de selección. Esta circunstancia temporal tiene mucha relevancia en el estado actual de la legislación vigente, ya que las Administraciones están sometidas a los requisitos sobre especialización impuestos por ley, pero, dentro de estos límites, nombran libremente a los miembros de los órganos de selección, por lo que es imprescindible que éstos sean nombrados antes de que se sepa qué personas se presentan al proceso selectivo. En otro caso, el conocimiento de quiénes son los participantes en dicho proceso podría influir en la designación de los miembros del órgano de selección. Y, aún así, habrá casos en que la designación discrecional de los miembros antes del inicio del proceso selectivo ya sea una decisión mediatizada por favoritismos.

Refiriéndose al ámbito de la Administración Local, PÉREZ LUQUE⁸⁷² indica que el Reglamento de Ingreso de 1957 estableció que el nombramiento del Tribunal de selección se realizaba después de publicarse la lista de aspirantes admitidos y excluidos. Fue el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 2223/1984, el que alteró la situación, estableciendo que el nombramiento se realice en la orden de cada convocatoria, es decir, en un momento previo. Este cambio facilita que los aspirantes puedan, si lo estiman procedente, recusar a los miembros del Tribunal desde el principio. Esta línea ha sido seguida en el actual Real Decreto 364/1995, que dispone que *“los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en cada orden de convocatoria”*.

Esta previsión, por su importancia para la salvaguarda de la imparcialidad, debería figurar en el EBEP, como legislación básica.

⁸⁷² PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 459.

3.4.- La publicidad de los miembros del órgano de selección

Tal y como señala FERREIRA FERNÁNDEZ, la publicación de la identidad de los miembros del órgano de selección es esencial, porque sin ella los participantes no pueden constatar que en los mismos concurren los requisitos de imparcialidad y especialización técnica, en orden a impugnar su designación si no se dan tales requisitos. Y ello teniendo en cuenta que el resultado del proceso selectivo depende de la actuación imparcial de dicho órgano de selección. Por tanto, "el no garantizar la publicidad de la composición del órgano de selección sería tanto como colocar a los aspirantes en una cierta indefensión ante la actuación de los mismos. Y ello es así porque el único instrumento, desde un punto de vista organizativo, de que disponen los interesados para controlar la neutralidad e imparcialidad de los órganos administrativos es la recusación de sus miembros".⁸⁷³ Por tanto, y como indica FERREIRA FERNÁNDEZ, el principio de publicidad de los miembros de los órganos de selección, "dado su carácter de mínimos, debiera ser considerado como básico".⁸⁷⁴

Además, la efectiva posibilidad de recusación de los miembros de los órganos de selección, o de impugnación de su nombramiento si carecen de especialización técnica, requiere que su identidad se haga pública en la propia convocatoria, es decir, desde el inicio del proceso selectivo. Así, FERREIRA FERNÁNDEZ no considera adecuado que la publicación de la composición del órgano de selección se realice con posterioridad a la convocatoria, porque en el caso de los procesos selectivos, una vez publicada la convocatoria, es el propio órgano de selección el que desarrolla todas las actuaciones hasta la finalización del mismo, "por lo que si no se publicase en ese mismo momento, difícilmente podrían ser fiscalizadas por los interesados las actuaciones de un órgano del que se desconoce su composición".⁸⁷⁵

Debe destacarse que el artículo 16, apartado g), del Real Decreto 364/1995 dispone que las convocatorias deberán contener la designación del Tribunal calificador, salvo excepción justificada. Como indica FERREIRA FERNÁNDEZ, esta salvedad no habilita la existencia de Tribunales secretos, sino que alude a dos posibilidades. En primer lugar, alude "al supuesto en que un mismo Tribunal actúe como tal en más de un procedimiento selectivo, por lo que su nombramiento sólo sería necesario en el primero de los procedimientos y por tanto en la primera de las convocatorias, bastando en las siguientes con una mera referencia o indicación de la Orden de convocatoria en que figura dicho Tribunal (el artículo 11 dice expresamente que "Los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada,

⁸⁷³ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., "Composición...", op.cit., pg. 102.

⁸⁷⁴ Op.cit., pg. 127.

⁸⁷⁵ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., "Composición...", op.cit., pg. 103.

en cada orden de convocatoria..”). La segunda posibilidad consiste “en que, por razones justificadas, el Tribunal no pudiese ser nombrado en el momento de la convocatoria, realizándose su nombramiento en un momento posterior a esta, si bien anterior a la celebración de las pruebas”.⁸⁷⁶ Sin embargo, esta excepción debe ser entendida en un sentido muy restrictivo, ya que los miembros serían designados cuando ya se conociera la identidad de los participantes en el proceso selectivo.

La publicidad de los miembros de los órganos de selección debe alcanzar, lógicamente, no solamente a indicar el cargo que ostentan, sino también su identidad (nombre y apellidos). En todo caso, es imprescindible que en la publicación se indique el cargo o función profesional en cuya virtud forman parte del órgano de selección (por ejemplo, funcionario de un determinado Cuerpo). Sólo así los aspirantes podrán constatar la efectiva especialización técnica de los miembros, y presentar la correspondiente reclamación si consideran que no concurre dicha exigencia. En esta línea, el artículo 57.2 de la LOU dispone que los currículos de los miembros de las comisiones de acreditación se harán públicos tras su nombramiento, previsión ésta tendente a permitir que los aspirantes a la acreditación puedan constatar la efectiva especialización técnica de los evaluadores.

3.5.- Colegialidad

Por otro lado, la colegialidad del órgano de selección contribuye a la objetividad en su trabajo, pues no se depende del juicio de un solo individuo.⁸⁷⁷ Al respecto, destaca FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁷⁸ que en el ámbito Local el Real Decreto 896/1991 solamente exigía expresamente la colegialidad para los órganos de selección de funcionarios de carrera, pero, tras la entrada en vigor del EBEP, considera que la colegialidad es predicable de todos los órganos de selección, cualquiera que sea el tipo de empleo público de que se trate, ya sea funcionario de carrera, funcionario interino, laboral fijo o laboral temporal. Efectivamente, el EBEP establece expresamente la colegialidad de los órganos de selección en su artículo 60.1, sin distinguir.

⁸⁷⁶ Op.cit., pg. 132.

⁸⁷⁷ Lo que ha ido variando, como es lógico, es el número de miembros requerido. Como indica PÉREZ LUQUE, el Real Decreto 712/1982, para la Administración Local establecía de manera unificada para todas las plazas, un número fijo de miembros, cifrándolo en seis. Es a partir del reglamento estatal de ingreso de 1984 (reiterado en el actual reglamento de 1995) cuando los Tribunales se configuran como órganos abiertos, a los que se señala un número mínimo de miembros, cinco, y se exige que sea un número impar. Por su parte, el Real Decreto 896/1991, sigue la línea del citado de 1984, estableciendo el número mínimo de miembros en cinco. (PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 454).

⁸⁷⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 122.

3.6.- Independencia

El artículo 55 EBEP establece que uno de los principios rectores de los procesos selectivos es la "independencia (...) en la actuación de los órganos de selección".

La independencia se puede definir como la imposibilidad de que el órgano de selección esté sujeto a injerencias, presiones externas ni instrucciones de ningún tipo.⁸⁷⁹ Para lograr la actuación objetiva e imparcial de los órganos de selección, el legislador ha establecido expresamente que dichos órganos son independientes, en el sentido de que no reciben instrucciones externas en cuanto al ejercicio de sus funciones relativas al proceso selectivo, si bien en ningún momento cabe entender la expresión "independencia" en el sentido que tiene cuando se trata de independencia judicial.

3.7.- Órganos de selección *ad hoc* y órganos de selección permanentes

Como indica PÉREZ LUQUE⁸⁸⁰, los órganos de selección suelen ser órganos *ad hoc* de carácter transitorio, es decir, órganos creados para un concreto proceso selectivo, tras cuya celebración desaparecen. Por tanto, se constituye un órgano de selección para cada proceso selectivo. Por ello es tan necesario disponer de mecanismos que aseguren que el nombramiento de los miembros del órgano de selección no se hace para favorecer intereses personales o clientelares.

La legislación también permite la existencia de órganos permanentes, comúnmente denominados Comisiones permanentes, que tramitan sucesivos procesos selectivos, existiendo como órganos permanentes dedicados a esta labor. En todo caso, si se opta por utilizar órganos permanentes, lo que sí resulta necesario es que sus miembros no tengan carácter indefinido o cuasi indefinido, sino que se dé una cierta alternancia en ellos.

Sobre esta cuestión, SÁNCHEZ MORÓN⁸⁸¹ señala que el Informe de la Comisión de Expertos para elaboración del EBEP propuso la atribución de la tarea de organizar los procesos selectivos a órganos especializados que estuvieran dotados de independencia, y que también podrían ocuparse de resolver las reclamaciones contra la actuación de los órganos de selección. Esta propuesta tenía el objeto de asegurar los principios de imparcialidad y profesionalidad, en línea con la existencia de las Civil Service Commissions anglosajonas o la más reciente Oficina de Selección de Personal de la Unión Europea, creada en el año

⁸⁷⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Externalización y empleo público...", op.cit., pg. 168.

⁸⁸⁰ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 449.

⁸⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 409.

2002. Sin embargo, esta previsión no se reflejó en el Proyecto de Ley del EBEP, aunque el Congreso de los Diputados añadió el actual apartado 4 del artículo 61 EBEP, según el cual *“las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos o Escuelas de Administración Pública”*.

Indica el citado autor que esta norma, como norma básica, no podía regular la cuestión con mayor precisión sin lesionar la potestad de autoorganización de las Comunidades Autónomas, por lo que “su aplicación práctica dependerá de la evolución de nuestra cultura administrativa hacia los modelos de referencia”. En todo caso, en el Estado existe el INAP y en la mayoría de las Comunidades Autónomas existen Escuelas o Institutos encargados de los procesos selectivos.

3.8.- El secretario del órgano de selección

La doctrina se ha planteado qué condiciones cabe exigir al Secretario del órgano de selección. Al respecto, CASTILLO BLANCO⁸⁸², en el ámbito de las Corporaciones Locales, entiende que la exigencia de titulación no alcanza al secretario de los órganos de selección. También en el ámbito de las corporaciones Locales PÉREZ LUQUE⁸⁸³ considera que las funciones de secretario del órgano de selección deben recaer en el Secretario de la Corporación, ya que entre las funciones esenciales de éste figura la de dar fe pública de las actuaciones de la Corporación (función que le corresponde en exclusiva según el artículo 92 LBRL), y, aunque la normativa reguladora de esta figura no prevea expresamente que el Secretario de la Corporación Local ha de serlo de sus órganos de selección, lo cierto es que las funciones del secretario en estos órganos es precisamente la de levantar acta de las actuaciones del órgano, lo cual parece encajar con la función de fedatario del Secretario de la Corporación.

De hecho, tradicionalmente las funciones de secretario del órgano de selección recaían en el propio Secretario de la Corporación Local, y así sucedió en los dos reglamentos sobre selección de funcionarios locales de 1952 y 1982, aunque el actual Real Decreto 896/1991 no sigue esta línea, pues no le reserva estas funciones. En conclusión, entiende el citado autor que dicho reglamento debe ser reformado en el sentido de atribuir expresamente esta función al Secretario de la Corporación.

⁸⁸² CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 1 y ss.

⁸⁸³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 457.

3.9.- Los expertos que colaboran con el órgano de selección

Finalmente, debe destacarse que la mayoría de las regulaciones sobre procesos selectivos prevén la posibilidad de que los órganos de selección se sirvan de expertos técnicos para asesorarles, lo cual constituye un auténtico contrasentido, puesto que, si el órgano de selección está compuesto de especialistas, ¿qué sentido tiene permitirle que consulte con expertos externos? Si hace falta un experto, lo que hay que hacer es designarlo como miembro del órgano de selección. No hace falta decir más sobre algo tan evidente.

En relación con la regla del Real Decreto 364/1995, que permite la incorporación a sus trabajos de asesores especialistas, para todas o algunas de las pruebas, de acuerdo con lo previsto en las correspondientes convocatorias, FERREIRA FERNÁNDEZ⁸⁸⁴ pone esta regla en conexión con la no exigencia por dicho Real Decreto de especialización de todos los miembros del órgano de selección en el mismo área de conocimientos a que se refiere el procedimiento de selección. Así, señala que “con esta regla se pretende atenuar, de algún modo, las limitaciones que desde el punto de vista de la especialidad, y vista la regla anterior, va a tener el propio Tribunal.

Estos asesores no van a formar parte del Tribunal, por lo que no tendrán voto en las decisiones que el mismo adopte, y esto a pesar de la gran trascendencia que pueden tener sus decisiones, sobre todo en los supuestos en que ninguno de los miembros del tribunal disponga de la pericia o conocimiento técnico necesario para cuestionar la opinión del asesor. En consecuencia entiendo que no estaría de más que el propio reglamento estableciese algunas reglas en orden a garantizar un efectivo control tanto de la elección de estos asesores como de las decisiones que los mismos adopten”. En definitiva, los expertos que sean necesarios en el proceso de selección han de ser miembros del mismo, por lo que también se les aplicarán sus reglas sobre imparcialidad.

Otra cosa será que, en el proceso selectivo, existan entrevistas de personalidad o pruebas psicotécnicas, para cuya realización se requieran profesionales de Psicología o especialidades similares. En estos casos, la legislación debe atribuir la realización de estas pruebas a dichos profesionales, y disponer que su Dictamen o valoración sea vinculante para el órgano de selección, que no es especialista en dicha materia. Y, en todo caso, también deberán ser designados de acuerdo con el procedimiento que garantice su imparcialidad, lo cual implica necesariamente la técnica del sorteo.

En este sentido, no debe admitirse que los expertos que elaboran o diseñan estas pruebas o las realizan, sean designados mediante un contrato administrativo de servicios libremente adjudicado por la Administración o Entidad convocante. Y ello por cuanto la actuación de las personas que realizan estas pruebas

⁸⁸⁴ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., “Composición...”, op.cit., pgs. 131 y 132.

complementarias (incluso a veces eliminatorias) afecta al proceso selectivo de acceso al empleo público. Esta garantía es todavía más necesaria si se tiene en cuenta la subjetividad o amplio margen de valoración y el difícil control judicial que caracterizan a estas pruebas.

Sobre la problemática de la imparcialidad de los asesores en virtud de la forma en que son designados, puede citarse la sentencia del TSJ de Murcia de 23 mayo de 2011, referida a un concurso-oposición para cubrir 5 plazas de Cabo de la Policía Local de un Municipio, que constaba de un test psicotécnico como primer ejercicio de la fase de oposición. La sentencia señala que “en relación con la alegada imparcialidad derivada de nombramiento de Asesor, aunque, efectivamente, la designación directa del asesor por la Alcaldesa puede ser un elemento de peso en la toma de decisiones, que puede distorsionar el equilibrio de la composición plural del órgano de selección, ésta cuestión, al igual que ocurrió con la determinación del apoyo por asesor en las bases, se integra en dichas bases de la convocatoria de forma que si se estimaba que no se ajustaba a Derecho la forma de designación diseñada debió impugnarse en su momento recurriendo las mencionadas bases.

Aparte de lo anterior, no está acreditado que el asesor haya actuado de manera parcial, no sólo porque no se ha practicado prueba que lo constate, sino también porque a la vista del expediente resulta que en sus valoraciones trabajó sobre ejercicios anónimos, identificados por números, revelándose la autoría una vez que el Tribunal había adoptado la decisión de declarar aptos o no a los aspirantes, tal como consta en los folios 77 y 78 del expediente, por lo que difícilmente puede imputarse cualquier tipo de dirigismo en la actuación del asesor”. Lo expuesto en dicha sentencia es un ejemplo de la necesidad de una regulación que discipline el modo en que han de nombrarse los asesores expertos que colaboran con los órganos de selección.

Por tanto, y en particular, respecto de la entrevista de personalidad y las pruebas psicotécnicas, debería existir una base de datos de carácter estatal o autonómico en la que figuren los profesionales capacitados para realizar este tipo de pruebas, y que permitiera la designación de los mismos por insaculación.

3.10.- La selección de empleados públicos como potestad pública

Debe destacarse que en los Criterios de la Administración estatal sobre la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local⁸⁸⁵, se indica que “los órganos selección de personal funcionario de carrera estarán integrados exclusivamente por esta clase de personal, en atención a que el acceso a la función pública constituye una manifestación fundamental del ejercicio de

⁸⁸⁵ http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/estatutobasico/criterios.html.

potestades públicas". Esta afirmación es de gran relevancia para la composición de los órganos de selección, porque impone que ésta sea exclusivamente funcional, y siendo el fundamento no la especialización técnica, sino el hecho de constituir la selección de funcionarios una potestad pública.

Si se entiende que la selección del personal laboral también es una potestad pública, en tal caso podría concluirse que solamente los funcionarios podrán formar parte de los órganos de selección de dicho personal.

4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Una vez analizada la legislación vigente y las características que deben reunir en abstracto los órganos de selección, se realiza a continuación una propuesta sobre cómo ha de ser el procedimiento para designar a los miembros de los órganos de selección, de manera que se garantice la vigencia de los principios de especialización técnica e imparcialidad, y, gracias a ello, los principios constitucionales de mérito y capacidad.

Esta propuesta se basa en una deducción lógica a partir de estos principios constitucionales, de modo que no se trata de criterios de mera oportunidad, sino que son los mecanismos necesarios para que los miembros del órgano selectivo, además de reunir una determinada cualificación técnica, también sean elegidos de un modo que asegure su desvinculación respecto de la instancia política, órgano o Ente que convoca el proceso selectivo. Se exponen a continuación tales mecanismos y garantías concretos, partiendo de que el órgano de selección ha de ser colegiado y compuesto de un número impar de miembros⁸⁸⁶.

La configuración de los órganos de selección forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicos⁸⁸⁷. Y ello es así, porque, si no se asegura una determinada configuración de estos órganos, no será posible garantizar que la selección se realice exclusivamente sobre la base de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, los cuales requieren la imparcialidad y especialización de tales órganos.

La composición de los órganos de selección es una de las claves del problema de la falta de vigencia efectiva de los principios de mérito y capacidad en la selección de los empleados públicos, pues la actual regulación no satisface las exigencias de los principios de especialización técnica e imparcialidad.

⁸⁸⁶ Circunstancias éstas que sí suelen ser establecidas por la normativa vigente.

⁸⁸⁷ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 100, y FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., "Composición...", op.cit., pg. 100.

4.1.- Mecanismos de garantía de la especialización técnica

Concluimos que todos y cada uno de los miembros de los órganos de selección han de tener especialización técnica, y que, como mínimo, dicha especialización técnica debe manifestarse del siguiente modo:

- Todos los miembros serán personal funcionario o, en el caso de empleos laborales, funcionarios o personal laboral.

- La mitad más uno, pero no más, de los miembros pertenecerán al Cuerpo, Escala funcionarial o Grupo y categoría profesional de las plazas convocadas. Esta regla se concreta más en el apartado sobre reglas anticorporativistas.

- No podrán formar parte del órgano de selección personas con empleo público de inferior Grupo o categoría a los empleos objeto del proceso selectivo.

- Todos los miembros del órgano de selección tendrán titulación de igual o superior nivel a la que se exige para ingresar en el Cuerpo o Escala profesional o en el puesto de trabajo laboral de que se trate

- Todos los miembros tendrán formación en la misma área de conocimientos a la que pertenecen las plazas convocadas.

- En el caso de que en el proceso selectivo existan pruebas donde se hagan valoraciones sobre aspectos psicológicos o habilidades personales de los participantes mediante test psicotécnicos, test de personalidad, entrevistas o pruebas similares, estas pruebas se realizarán por personas que cuenten con la especialización técnica y profesional necesaria para realizarlas, que serán quienes las valores, vinculando al órgano de selección.

- Si se aprecia la necesidad de que intervengan expertos en alguna materia, formarán parte, como miembros, del órgano de selección.

En cuanto se refiere a la posibilidad de que los órganos de selección se sirvan de expertos técnicos para asesorarles, que suelen tener voz pero no voto, consideramos que ello constituye un auténtico contrasentido, puesto que, si el órgano de selección está compuesto de especialistas, no tiene sentido que consulte con expertos externos. Así pues, si hace falta un experto, lo que hay que hacer es designarlo como miembro del órgano de selección. En definitiva, concluimos que los expertos que sean necesarios en el proceso de selección han de ser miembros del mismo, por lo que también se les aplicarán sus reglas sobre imparcialidad.

Otra cosa será que, en el proceso selectivo, existan entrevistas de personalidad o pruebas psicotécnicas, para cuya realización se requieran profesionales de Psicología o especialidades similares. En estos casos, la legislación debe atribuir la realización de estas pruebas a dichos profesionales, y disponer que su Dictamen o valoración sea vinculante para el órgano de selección, que no es especialista en dicha materia.

4.2.- Mecanismos de garantía de la imparcialidad

4.2.1.- Exclusiones para formar parte de los órganos de selección

Concluimos que la ley debería excluir expresamente de formar parte del órgano de selección a las personas en quienes concurren las siguientes circunstancias⁸⁸⁸:

- El personal de elección política, es decir, que ostenta cargos públicos representativos.
- El personal de designación política, que incluye los Altos Cargos.
- El personal eventual.
- El personal funcionario interino, el personal laboral temporal y el personal estatutario temporal.
- Las personas designadas o propuestas por las organizaciones sindicales, los órganos unitarios de representación del personal y las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.
- Los delegados sindicales y los miembros de los órganos unitarios de representación del personal y las personas que ostenten cargos en los sindicatos o en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.
- Las personas designadas por los Colegios Profesionales (salvo que lo fueran por sorteo entre los miembros del censo profesional).
- Las personas que hayan participado en la preparación de aspirantes en los últimos cinco años.
- El personal directivo de las Administraciones Públicas y Entes públicos y privados del Sector Público.
- Las personas que actúen en representación de otros Entes distintos del Ente convocante.

4.2.2.- Designación de los miembros por sorteo

Entendemos que la garantía de la imparcialidad no queda suficientemente satisfecha con las reglas de exclusión antes analizadas (exclusión de altos cargos, personal eventual, etc.), puesto que el mero hecho de que una persona sea

⁸⁸⁸ La mayoría de estas exclusiones figuran en el EBEP, si bien su artículo 60.2 no es del todo claro, ni incluye todos estos supuestos, tal y como se ha expuesto anteriormente.

libremente designada por el Ente convocante para formar parte del órgano de selección implica una relación entre ambos sujetos que no asegura plenamente la imparcialidad. Tampoco es suficiente con que las personas elegidas libremente por la Administración o Ente convocante reúnan el requisito de la especialización técnica, porque especialización e imparcialidad no son conceptos equivalentes, aunque ambos son necesarios. Así, una persona con capacitación técnica puede comportarse de forma parcial. Por tanto, los miembros del órgano de selección han de ser designados de la manera más objetiva y automática posible, eliminando esa libertad de que goza el Ente convocante para elegirlos. Esto implica necesariamente la utilización de la técnica del sorteo.

Como indica PÉREZ LUQUE⁸⁸⁹, resulta un hecho destacable la libertad con que cuentan las autoridades para designar a los vocales de los órganos de selección (con el único límite de respetar las exigencias legales sobre especialización técnica y exclusiones). Como se ha indicado, la composición de los órganos de selección es clave esencial para lograr la imparcialidad en los procesos selectivos de acceso al empleo público. Y la cuestión clave acerca de los órganos de selección es el modo en que son designados sus miembros.

Debe recordarse que la necesidad de la imparcialidad no existe solamente en los procesos selectivos, sino también en todos los procedimientos administrativos. Para salvaguardar esta imparcialidad, la Ley 30/1992 regula las causas y el procedimiento de abstención y recusación de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas. Sin embargo, esto no es suficiente en el ámbito de los órganos de selección, debido a la forma en que vienen designándose sus miembros en la actualidad. En efecto, el funcionario que tramita un procedimiento administrativo, en principio no ha sido puesto para resolver el procedimiento administrativo concreto de que se trate, sino que lo tramita porque, por una serie de mecanismos bastante reglamentados, desempeña el puesto de trabajo al que están objetivamente asignados los procedimientos administrativos del tipo de que se trate. Eso no quita, en todo caso, su deber de abstención si se da alguna causa de abstención. Sin embargo, los órganos de selección son constituidos en la mayoría de los casos *ad hoc*, para el procedimiento selectivo concreto, y además sus miembros son designados libremente por las autoridades que convocan el proceso selectivo, que pueden tener interés en favorecer a determinadas personas o grupos de personas.

Los hechos acontecidos durante largos años demuestran que esto es así, y, en todo caso, la normativa debe estar diseñada para prevenir el riesgo de que se produzcan estas situaciones. La lucha a posteriori, una vez cometida la irregularidad, o es poco efectiva, o es imposible (por desconocerse o no poder probarse el modo o causa en que se ha producido la irregularidad). Por tanto, no queda eliminado el riesgo de que los miembros del órgano de selección favorezcan a determinados aspirantes. Así pues, la garantía de la imparcialidad sólo es

⁸⁸⁹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 456.

posible si la designación de los miembros del órgano de selección queda desvinculada de la Autoridad convocante. Y esto sólo puede ocurrir a través de la técnica del sorteo o insaculación.

En efecto, no se trata solo de que las relaciones tan directas que se definen en la Ley 30/1992 como causas de abstención no concurren entre los miembros del órgano de selección y los aspirantes, sino de que no concurren ni siquiera entre la Autoridad que designa a esos miembros y los aspirantes. No se trata de que un aspirante sea amigo o enemigo manifiesto de un miembro del órgano de selección, sino que lo sea de la autoridad que designa a tales miembros. Además, no podemos pasar por alto la realidad fáctica de la aplicación de la normativa sobre abstención y recusación, en el sentido de que habrá aspirantes que, aunque tengan conocimiento de la identidad de los miembros del órgano de selección, no conozcan efectivamente si estos miembros son o no amigos de tal o cual aspirante, por ejemplo.

Por tanto, no puede dejarse, en materia de procesos selectivos (que afectan al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE), la garantía de la imparcialidad a merced de la voluntad de abstención de los miembros del órgano de selección ni a merced de las solicitudes de recusación que presenten los aspirantes, pues éstos últimos necesitarían una información privilegiada sobre los miembros del órgano de selección de la que no disponen. Y, si bien esto es lo que ocurre en los procedimientos administrativos en general, ya se ha indicado que en el ámbito de los procesos selectivos resulta intolerable esta situación, porque son órganos creados *ad hoc* y sus miembros son designados libremente por el Ente convocante para tramitar el procedimiento de selección.

Por tanto, se impone la necesidad de utilizar la técnica del sorteo para designar a los miembros de los órganos de selección, técnica que, como mecanismo para salvaguardar la imparcialidad, no es desconocida por nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que viene establecido en varios supuestos.

Como supuesto representativo, puede citarse el caso de los peritos judiciales, respecto de los cuales la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone lo siguiente: *“Artículo 341. Procedimiento para la designación judicial de perito. 1. En el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de Entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo.*

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y

Entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de Dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona”.

Otro caso relevante de utilización del sorteo es el caso de las Mesas electorales. Así, la Ley Orgánica 5/1985, de Régimen Electoral General, dispone en su artículo 26 que *“el Presidente y los vocales de cada Mesa son designados por sorteo público entre la totalidad de las personas incluidas en la lista de electores de la Mesa correspondiente, que sepan leer y escribir y sean menores de setenta años (...)”* Como puede verse, es la propia Ley Orgánica la que ha fijado con exactitud el mecanismo de designación de los miembros de las Mesas Electorales, y ha elegido el sistema del sorteo como mecanismo para garantizar la imparcialidad de los miembros de dichas Mesas.

Incluso en el ámbito de los procesos selectivos de acceso al empleo público se utiliza en ocasiones la técnica del sorteo. Ejemplo de ello son los procesos selectivos de acceso a los Cuerpos docentes no universitarios. Así, el Real Decreto 276/2007, de 23 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ingreso, acceso y la adquisición de nuevas especialidades en los Cuerpos docentes, establece que los miembros de los tribunales de selección (excepto los presidentes, que son nombrados libremente por el órgano convocante) serán designados por sorteo⁸⁹⁰. Este sorteo se realiza entre funcionarios de carrera en activo de los Cuerpos de funcionarios docentes o del Cuerpo a extinguir de Inspectores al Servicio de la Administración educativa, y pertenecerán todos a Cuerpos de igual o superior grupo de clasificación que el que corresponda al Cuerpo al que optan los aspirantes. Iguales reglas se aplican a las comisiones de selección. También para el caso del personal docente universitario la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, preveía la técnica del sorteo en su artículo 57, si bien esta previsión ha sido eliminada por la reforma operada por la Ley Orgánica 4/2007.

Otro ejemplo es el Decreto 6/2006, de 10 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Murcia, por el que se regula la composición, designación y funcionamiento de los tribunales calificadoros de las pruebas selectivas para acceso a la función pública regional. Este Decreto establece que en dichos tribunales el Vocal Primero pertenecerá al Cuerpo o Categoría Laboral de la Administración Regional a que correspondan las plazas convocadas, siendo

⁸⁹⁰ Con la excepción de aquellos Cuerpos o Especialidades en las que el número de titulares no permita la realización del mismo, en cuyo caso las convocatorias podrán disponer otra forma de designación. El citado Real Decreto, sin embargo, prevé también que las Administraciones educativas podrán disponer la posibilidad de participación voluntaria en los mismos, en la forma y plazo que establezcan, y siempre con carácter previo al procedimiento de designación forzoso, pudiendo ser esta participación reconocida como mérito a los efectos que se determinen.

designado mediante sorteo público, que se llevará a cabo entre miembros del mismo Cuerpo, Escala, Opción o Categoría Profesional incluidos en un censo, el cual, previa exposición pública durante un máximo de 5 días, será aprobado por la Dirección General competente en materia de función pública.

Por tanto, el sorteo, como modo de designar a una persona de manera aleatoria, parece la mayor garantía de imparcialidad. Y ello sin perjuicio de que el sorteo irá complementado con el deber de abstención si, a pesar del sorteo, concurriera alguno de los supuestos previstos en la Ley 30/1992 (con la correlativa posibilidad de los interesados de recusar).

Además, como indica SANTAMARÍA PASTOR⁸⁹¹ la cuestión de los órganos de selección afecta a la apertura a todos los funcionarios de la posibilidad de acceder a la condición de miembros de dichos órganos, de modo que no solamente sean miembros los funcionarios pertenecientes a determinados círculos ideológicos o de amistad⁸⁹². Aunque eso sí, añade que debe asegurarse que los funcionarios elegidos por sorteo tengan un nivel de conocimientos suficientes para intervenir en dichos procesos selectivos. Concluye el citado autor, se trata de dar entrada en los órganos de selección a funcionarios que lo soliciten y estén técnicamente capacitados.

Por otro lado, es claro que si la lista de personas entre las que se celebra el sorteo no es configurada de manera imparcial y objetiva, de manera totalmente neutra, entonces el ulterior sorteo no servirá de nada, porque la elección puede verse condicionada por la existencia de una lista configurada con criterios favoritistas o desviados.

La propia Administración o Ente convocante puede ser la encargada de configurar las listas de los sorteos, pero con sometimiento a unas reglas claras, que establezcan los mecanismos necesarios para asegurar que la configuración de dichas listas se realice de manera objetiva. En el caso de los peritos nombrados judicialmente es más sencillo, porque simplemente es posible disponer de una lista de peritos facilitada por el correspondiente Colegio Profesional. Sin embargo, en el ámbito de las Administraciones Públicas, y teniendo en cuenta la naturaleza de las pruebas integrantes de los múltiples procesos selectivos y del tipo de profesionales que serán necesarios en cada proceso selectivo, el tema puede complicarse.

A este respecto, cabe señalar que, respecto de los miembros del órgano de selección que deban pertenecer a un determinado Cuerpo funcional o Categoría laboral de la Administración Pública convocante, es decir, que deban ser empleados públicos, la formación de la lista no presenta dificultades. En cuanto a los demás miembros del órgano de selección, si también han de pertenecer a

⁸⁹¹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., Prólogo, op.cit., pg. 4 y ss.

⁸⁹² Indica MARTÍN MORENO que “muchos potenciales aspirantes a integrar los órganos colegiados de selección son preteridos mientras que determinados miembros repiten sistemáticamente, simplemente porque son designados una y otra vez (en vez de acudir a un sistema de rotación o sorteo)”. (MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit., pg.36).

algún Cuerpo o Categoría, la lista se formará también de manera automática, por analogía con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los peritos, es decir, acudiendo a la lista suministrada por Colegios Profesionales o Asociaciones Profesionales. Si se trata de empleados públicos de otras Administraciones, también se acudirá al censo de personal oficialmente configurado.

Otra cosa es que, una vez designado un profesional de la lista, se le permita declinar su participación en el proceso selectivo, salvo en caso de escasez de profesionales o voluntarios. Pero la posibilidad de renunciar deberá articularse de modo que, en virtud de sucesivas renunciaciones, no se llegue siempre a que determinadas personas sean las integrantes de los órganos de selección.

Para formar parte de estas listas de profesionales podrán establecerse requisitos adicionales fijados estrictamente con criterios objetivos de mérito y capacidad, y que no estén fijados en la convocatoria concreta del proceso selectivo de que se trate, sino a nivel reglamentario y general. Por ejemplo, número de años de ejercicio profesional, calificación en las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo, título de Doctor, etc. Y, para evitar picarescas y configuraciones desviadas de estas listas, deberá establecerse la regla de que, una vez aplicados tales criterios adicionales, queden en la lista un número mínimo de profesionales, para que no puedan utilizarse los criterios adicionales para que sólo queden como elegibles determinadas personas. Por ejemplo, exigir que la lista contenga al menos 15 o 20 candidatos, y si ello no fuera posible, formar la lista con profesionales o empleados públicos de las listas de otras Administraciones Públicas.

Por tanto, deben existir unas listas de los distintos profesionales de las cuales se extraiga por sorteo a los componentes de cada órgano de selección. Existiría entonces una base de datos Estatal para los procesos selectivos de la Administración General del Estado y sus Organismos y Entidades dependientes. Igualmente, existiría una base de datos en cada Comunidad Autónoma para los procesos selectivos de su Administración General y sus Organismos y Entidades dependientes. Estas reglas sobre sorteo resultarían aplicables tanto a los órganos de selección constituidos para procedimientos selectivos concretos, como a los órganos de selección denominados permanentes, constituidas para la tramitación de plurales procesos selectivos.

Además, deberá incluirse expresamente la regla de que los profesionales designados no hayan prestado servicios ni tenido relación contractual con el Ente convocante en los últimos cinco años.

Finalmente, la composición del órgano de selección ha de estar determinada en la convocatoria del proceso selectivo, donde, en particular, se debe expresar nominativamente quiénes son los miembros de dicho órgano, así como indicar también el cargo o puesto que ostentan, la condición profesional que tienen (por ejemplo, Cuerpo funcional al que pertenecen) y el título académico

que poseen, pues ello es lo que justifica su consideración como personas con capacidad técnica.

4.2.3.- Normas sobre anticorporativismo

Como ya se ha expuesto, el artículo 19.2 de la Ley 30/1984 estableció (aunque con carácter de norma no básica) que *“en ningún caso, y salvo las peculiaridades del personal docente e investigador, los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar”*, regla que ha sido recogida en numerosas leyes autonómicas. Esta previsión se explica por el temor del legislador a que los Cuerpos funcionariales (algunos de los cuales en el pasado tuvieron un enorme poder) controlaran el acceso a ellos mismos, dando lugar a endogamias contrarias a los principios de mérito y capacidad.

Hoy en día no es seguro que este temor tenga fundamento, pero lo cierto es que, de cara al principio de imparcialidad, resulta más adecuado que al menos alguno de los miembros del órgano de selección pertenezca a otros Cuerpos o categorías distintas al que es objeto de convocatoria. Así, por ejemplo, en los órganos de selección del Cuerpo Superior de Administradores Generales de una Comunidad Autónoma pueden incluirse Letrados de esa Comunidad Autónoma. Siempre, claro está, que estos otros miembros del órgano de selección tengan la especialización técnica suficiente, es decir, que pertenezcan al área de conocimientos de que se trate y sean de Grupo igual o superior al de las plazas convocadas.

También para salvaguardar la imparcialidad y evitar los problemas que pudiera generar el corporativismo, parece conveniente establecer que en todos los órganos de selección alguno de los miembros del órgano de selección deberá pertenecer a Cuerpos o Categorías homólogos de otras Administraciones Públicas, de manera que el círculo de los miembros del órgano de selección tenga menos posibilidades de estar vinculado o relacionado con los órganos de gobierno de la Administración convocante, pero tengan la especialización técnica necesaria. Así, por ejemplo, en los órganos de selección del Cuerpo Superior de Administradores Generales de una Comunidad Autónoma pueden incluirse funcionarios del Cuerpo homólogo de otras Comunidades Autónomas o del Cuerpo de Administradores Civiles del Estado, Letrados de otras Comunidades Autónomas, Abogados del Estado o Profesores titulares de Universidad.

Además, debemos tener en cuenta los supuestos en que existen pocos efectivos pertenecientes a la Administración convocante que puedan formar parte del órgano de selección. Piénsese en la selección de un Letrado en una Comunidad Autónoma uniprovincial, o en la selección de una Especialidad Médica Facultativa muy reducida. En estos casos, resulta esencial evitar una posición de

excesivo poder en manos de los pocos efectivos pertenecientes al Cuerpo o Categoría convocada, o en manos de los escasos efectivos de la Administración de tamaño reducido que convoca el proceso selectivo. Por tanto, en los casos de Cuerpos o Categorías con pocos efectivos, esta última norma de cautela resulta esencial para evitar una posición de excesivo poder en manos de los efectivos pertenecientes al Cuerpo o Categoría convocada.

En estos casos, es aún más imprescindible establecer unas reglas claras y contundentes que obliguen a proveer la mitad más uno de los miembros del órgano de selección acudiendo a efectivos no pertenecientes a la Administración convocante, sino a otras Administraciones. Cuál sea el límite a partir del cual deba aplicarse esta regla es una cuestión de difícil concreción, pero atendiendo a la finalidad de salvaguarda de la imparcialidad de los miembros del órgano de selección, parece que esta norma debería regir en aquellos casos en que el Ente convocante tenga menos de 50 efectivos del Cuerpo o categoría convocada.

4.2.4.- La externalización de los miembros de los órganos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público

La expresión “externalización de los miembros” hace referencia a la necesidad, en determinados ámbitos, de que el sorteo para elegir a los miembros del órgano de selección se efectúe entre personas que no tengan vinculación profesional con el Ente convocante. Quizás un ejemplo ilustre mejor lo que se pretende con esta previsión: en un proceso selectivo de acceso a un Cuerpo funcional autónómico, en principio, si hay que seleccionar a tres funcionarios del Cuerpo al que se refiere el proceso selectivo, bastará con extraerlos por sorteo de la lista de funcionarios pertenecientes a dicho Cuerpo en dicha Comunidad Autónoma, lista ésta que tendrá un cierto volumen que razonablemente no distorsione el objetivo de la técnica del sorteo (personas no vinculadas a los aspirantes o a las autoridades convocantes). Sin embargo, en un Ayuntamiento, si el sorteo se efectúa entre el personal que presta servicios al mismo, al ser Administraciones de pequeño tamaño, en este personal hay más riesgo de que se den circunstancias incompatibles con la imparcialidad.

La cuestión de la externalización de los miembros de los órganos de selección ha sido propuesta por autores como PÉREZ LUQUE⁸⁹³ en el ámbito de la Administración Local, donde los problemas de imparcialidad de los órganos de selección han sido constantes. El citado autor define la interiorización como la formación de los órganos de selección con miembros de la propia Administración que selecciona, mientras que la exteriorización, en el caso de las Corporaciones Locales es localizar a los miembros del órgano de selección fuera de la propia

⁸⁹³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 460.

Corporación Local, es decir, nombrando a personas que son funcionarios de otras Administraciones Públicas, o miembros de Colegios Oficiales, etc.

Es obvio que la interiorización padece del riesgo de favoritismos en la actuación de los miembros del órgano de selección, dadas las relaciones personales que pueden existir entre éstos y la propia Administración convocante del proceso selectivo. Esto es más patente en el ámbito de las Corporaciones Locales, donde considera dicho autor que el actual Real Decreto 896/1991 ha disminuido la exteriorización existente en la anterior normativa, de manera que los órganos de selección locales están más politizados. La evolución en este sentido es clara, pues, tal y como señala el citado autor, el Reglamento de 1952 imponía dos vocales externos a la Corporación frente a los tres internos, el Real Decreto 712/1982 redujo esa proporción, al establecer dos externos frente a cuatro internos, el Reglamento de 1984 no hace referencia a los vocales externos, y finalmente el Reglamento de 1991 solamente indica que un vocal será representante de la Comunidad Autónoma, en su artículo 4.f, norma ésta que además no es básica.

Lo expuesto constituye, sobre todo en los pequeños Municipios, un gran problema, puesto que suele haber estrechos y numerosos lazos y vinculaciones personales entre los miembros del órgano de selección y los aspirantes, o entre tales miembros y las autoridades convocantes, por lo que, como indica el citado autor, la solución está en “exteriorizar al máximo los Tribunales y buscar personas no ligadas con posibles aspirantes”. Ahora bien, aún nombrando como miembros del órgano de selección a personas ajenas a la Corporación Local, es decir, que no le prestan sus servicios, podría existir riesgo de vinculaciones personales con miembros de la Corporación Local, puesto que las relaciones humanas entre las personas pueden existir independientemente de que la persona designada ostente un puesto o tenga una relación de trabajo con la Corporación Local. Por tanto, la citada “exteriorización” debería ir acompañada de la designación por sorteo de los miembros del órgano de selección, en los términos que se han expuesto al analizar el mecanismo del sorteo.

Por tanto, según esta propuesta, en el caso de los miembros de los órganos de selección en el ámbito de las Administraciones Locales, éstos no podrían ser empleados públicos del Ente Convocante, sino que deberían ser extraídos de la lista autonómica o estatal de empleados públicos sorteables. Incluso en el caso de los miembros que deban reunir el requisito de pertenecer al Cuerpo funcional o Categoría laboral objeto de la convocatoria, se acudiría a personas pertenecientes a dicho Cuerpo o Categoría pero empleados en otras Corporaciones Locales.

Por tanto, debería existir otra base de datos, estatal u de cada Comunidad Autónoma, para, en los procesos selectivos de los Entes Locales, seleccionar a aquellos miembros del órgano de selección que deban ser funcionarios a laborales de Entes Locales, de manera que, si, por ejemplo, se requiere un Titulado Superior

empleado en el ámbito local, se le seleccione entre todos los Titulados superiores de los Entes Locales (a nivel autonómico o estatal), de modo que no quede designado miembro del órgano de selección, por ejemplo, el único Técnico superior que presta sus servicios en el Ayuntamiento convocante del proceso selectivo.

Las mismas reglas expuestas, y por identidad de razón, entendemos que deberían de regir para los Organismos Públicos y para los Entes Privados del Sector Público.

4.2.5.- La externalización de los procesos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público

En el punto anterior se ha tratado de la cuestión de la externalización de los miembros de los órganos de selección de los Entes Locales, Organismos Públicos y Entes Privados del Sector Público. Sin embargo, también se han analizado en el Capítulo 3 del presente trabajo las dificultades que presenta el excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos en este ámbito, así como los problemas derivados de la falta de objetividad en el diseño de los procesos selectivos. Por tanto, el respeto al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE requiere, más allá de la externalización de los miembros del órgano de selección, la externalización del propio proceso selectivo, incluyendo el diseño de dicho proceso.

En particular, y sobre todo respecto de las Corporaciones Locales de pequeño y mediano tamaño, autores como FONDEVILA ANTOLÍN⁸⁹⁴ consideran que los principios del EBEP sobre selección de empleados públicos, tendrían una mejor aplicación con la creación de órganos especializados, de modo que estas Corporaciones, a través de Convenios administrativos, podrían *“encomendar la selección de su personal a estos Institutos o Escuelas”*. En definitiva, se trata de la externalización de los órganos de selección en el ámbito local.

Esta externalización facultativa se postula no sólo por el riesgo de parcialidad de los miembros de los órganos de selección en el ámbito local, sino también porque los pequeños y medianos municipios, que son la mayoría en nuestro país, carecen realmente de medios materiales y humanos que aseguren incluso el carácter técnico de los miembros del órgano selectivo.

En todo caso, entendemos que esta externalización no debería de tener carácter voluntario, sino obligatorio. Y es que, como se ha indicado al tratar del excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos, el derecho fundamental del que tratamos quedaría mejor garantizado en la práctica si, para puestos de trabajo

⁸⁹⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 149.

que son sustancialmente idénticos, no hubiera cientos de procesos selectivos referidos cada uno a un número de plazas muy reducido, y obligando a los potenciales aspirantes a estar consultando continuamente los medios de publicidad para conocer la existencia de tales procesos, así como estudiando distintos temarios según el Ente de que se trate.

Así, consideramos que resulta necesario homogeneizar y centralizar (aunque sea a nivel autonómico) los procesos selectivos para las Escalas funcionariales y laborales que sean comunes, especialmente en el ámbito local, de modo que se agrupen en un solo proceso selectivo todas las plazas referidas a un mismo Cuerpo y Escala y Subescala, para que exista una real y efectiva concurrencia. En este sistema, cada Corporación Local seguiría aprobando su propia Oferta de empleo público, pero, una vez aprobada, el proceso selectivo sería homogéneo y único para todas las plazas ofertadas en el mismo año, en España o, al menos, en el territorio de cada Comunidad Autónoma. Para evitar repeticiones, procede efectuar la correspondiente remisión al Capítulo 3 de esta tesis doctoral.

4.2.6.- El nombramiento de expertos

En cuanto se refiere a la posibilidad de que los órganos de selección se sirvan de expertos técnicos para asesorarles, que suelen tener voz pero no voto, ello constituye un auténtico contrasentido, puesto que, si el órgano de selección está compuesto de especialistas, no tiene sentido que consulte con expertos externos. Así pues, si hace falta un experto, lo que hay que hacer es designarlo como miembro del órgano de selección. En definitiva, los expertos que sean necesarios en el proceso de selección han de ser miembros del mismo, por lo que también se les aplicarán sus reglas sobre imparcialidad.

Otra cosa será que, en el proceso selectivo, existan entrevistas de personalidad o pruebas psicotécnicas, para cuya realización se requieran profesionales de Psicología o especialidades similares. En estos casos, entendemos que la legislación debería atribuir la realización de estas pruebas a dichos profesionales, y disponer que su Dictamen o valoración sea vinculante para el órgano de selección, que no es especialista en dicha materia.

Y, en todo caso, también deberían ser designados de acuerdo con el procedimiento que garantice su imparcialidad, lo cual implica necesariamente la técnica del sorteo. En este sentido, no debería admitirse que los expertos que elaboran, diseñan o realizan estas pruebas sean designados mediante un contrato administrativo de servicios libremente adjudicado por el Ente convocante.

Por tanto, y en particular, respecto de la entrevista de personalidad y las pruebas psicotécnicas, concluimos que debería existir una base de datos de carácter estatal o autonómico en la que figuren los profesionales capacitados para

realizar este tipo de pruebas, y que permitiera la designación de los mismos por insaculación.

4.2.7.- La negociación colectiva sobre los órganos de selección

El EBEP, en su artículo 37.1, dispone que “*serán objeto de negociación (...) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso*”, y en su artículo 37.2 añade que “*quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, (...) La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los (...) órganos (...) de acceso al empleo público y la promoción profesional*”. Parece, pues, que sí admite la negociación colectiva sobre los órganos de selección si se trata de una regulación general, no concreta. Debemos ratificar aquí lo ya expuesto en el Capítulo 2, reiterando la necesidad de reformar el EBEP, en el sentido de excluir la negociación colectiva en lo que afecta al acceso al empleo público, porque los sindicatos y los representantes de los trabajadores y funcionarios no parecen ostentar un interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral como funcional. Lo expuesto afecta directamente a la regulación de los órganos de selección, que debería quedar sustraída a la negociación colectiva.⁸⁹⁵

⁸⁹⁵ En esta línea, la Sentencia del TSJ de Extremadura de 30 de julio de 2004 declara nulo un Convenio colectivo suscrito por un Ayuntamiento en la parte dedicada a la selección del personal, señalando que su “nulidad es consecuencia de que la materia, en defecto de ley autonómica, se encuentra regulada por el artículo 19 de la Ley 30/1984, estando sustraída, (...), a la negociación de las Entidades Locales”, ya que “no puede ser objeto de negociación la participación de los trabajadores en los órganos de selección y provisión de puestos de trabajo”. Aunque estas conclusiones quizás sea más difícil mantenerlas con el vigente artículo 37 del EBEP.

CAPÍTULO 5

La selección del personal laboral fijo

SUMARIO:

- 1.- NORMATIVA DEFICIENTE
- 2.- PARTICULARIDADES DE LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO
- 3.- NULIDAD DEL CONTRATO LABORAL POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO
- 4.- LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL
- 5.- LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y LA EXTERNALIZACIÓN
- 6.- CONCLUSIONES

1.- NORMATIVA DEFICIENTE

Como ya se ha indicado anteriormente, si bien tradicionalmente se ha postulado que son los funcionarios quienes deben prestar de manera exclusiva servicios profesionales a las Administraciones Públicas, lo cierto es que se ha consolidado la pluralidad de vínculos de empleo público, y, en particular, el vínculo laboral⁸⁹⁶ ha experimentado un aumento meteórico.⁸⁹⁷ Así, en el año 2004, la Administración General del Estado contaba con un 25% de personal laboral, en las Comunidades Autónomas, en los servicios generales existía una práctica paridad entre personal laboral y funcionarial, en las Universidades el personal laboral de servicios y administración ascendía a un 43% y en los Entes Locales la situación era aún más drástica, ascendiendo el personal laboral a un 80 %.⁸⁹⁸ También, según los datos del Registro Central de Personal del ministerio de Administraciones Públicas publicados en el boletín estadístico de 2011, el personal laboral suponía el 10,85 % del personal al servicio de las Comunidades Autónomas, el 20,95 % del personal al servicio de la Administración estatal y el 59,43 % del personal de las Entidades Locales.

La laboralización del personal del Sector Público se ha visto favorecida por la falta de una delimitación legal exacta de las funciones que corresponden a cada tipo de personal. Además, se ha generalizado la creación de Entidades Públicas sometidas al Derecho Privado y de Entidades Privadas del Sector Público (sociedades y fundaciones) que apuestan por la contratación de personal laboral, y que constituyen un fenómeno de huída del Derecho Administrativo, tal y como se expone en el Capítulo 8 de esta tesis doctoral.

La doctrina ha expuesto diversas razones que explican este fenómeno de laboralización⁸⁹⁹, pero una de las más determinantes es, sin duda, el menor rigor

⁸⁹⁶ No es objeto del presente trabajo analizar las particularidades que presenta la relación laboral en el ámbito de las Administraciones Públicas, excepto en lo referente al acceso al empleo. No obstante, sí puede señalarse que la doctrina ha discutido sobre su posible calificación como relación laboral especial. (Ver en este sentido SALA FRANCO, T., *Incidencia de la legislación...*, op.cit., pg. 90).

⁸⁹⁷ Ya señalaba DEL SAZ CORDERO que los empleados en régimen laboral suponían ya una cuarta parte del personal de las Administraciones Públicas, habiéndose duplicado en 20 años su cuantía, y sucediendo que en algunas Comunidades Autónomas ya superaban ampliamente al número de funcionarios de carrera. (DEL SAZ CORDERO, S., *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Marcial Pons, Madrid, 1995).

⁸⁹⁸ BOLTAINA BOSCH, X., *Los puestos de trabajo...*, op.cit., pgs. 14 y 15.

⁸⁹⁹ Así, PUERTA SEGUIDO cita el desarrollo del Estado social con la consiguiente Administración prestacional, la creación de las nuevas Administraciones autonómicas, la prohibición por la Ley 30/1984 de la contratación administrativa de personal, la flexibilización en el Estatuto de los Trabajadores de la contratación temporal como medida de fomento del empleo, el crecimiento económico entre los años 1984 y 1989, y la "ligereza con que la fórmula laboral fue admitida en la redacción originaria del artículo 15 de la Ley 30/1984". (PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 207). También RODRÍGUEZ ÁLVAREZ entiende que la fuerte laboralización se debe a que los Entes

de los procesos selectivos para acceder a la condición de personal laboral, menos exigentes en cuanto a los principios de mérito y capacidad que los procesos selectivos del personal funcionario.⁹⁰⁰ Y debe destacarse que esta diferencia ha sido provocada por la propia legislación, muy escueta en esta materia, y además comprensiva de importantes diferencias respecto de la selección del personal funcionario. En palabras de CASTILLO BLANCO⁹⁰¹, “la contratación de laborales ha sido un expediente al servicio del clientelismo, a falta de suficientes garantías de objetividad”.⁹⁰² Además, la falta de aplicación de los principios de mérito y capacidad ha sido aún mayor en la selección del personal laboral temporal. Por tanto, la laboralización del empleo público se ubica en el contexto de la “huída del Derecho Administrativo”, por causas de clientelismo, favoritismo y nepotismo de los cargos electos y gestores de las Administraciones Públicas.

Y la falta de rigor se ha producido no sólo en la contratación de personal laboral fijo, sino también en la contratación de personal laboral temporal.⁹⁰³ Esto ha dado lugar a la generación de bolsas de personal laboral temporal que han acabado adquiriendo fijeza sin suficiente vigencia de los principios de mérito y

locales son Administraciones de proximidad, gestoras de servicios públicos, motivo por el cual los políticos locales han preferido al personal laboral, cuyo régimen jurídico aporta mayor flexibilidad en la gestión que el régimen funcional. No obstante, reconoce que “en la práctica, las Entidades locales establecen normalmente las mismas condiciones de trabajo, en todos los aspectos, para el personal laboral y para el funcionario, y su fragmentación y sus —normalmente— escasas dimensiones las convierten en débiles negociadoras frente a los sindicatos, por lo que las ventajas comparativas de la laboralización suelen acabar diluyéndose, salvo en algunos ayuntamientos muy grandes”. (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos”, *PGP*, nº. 41/2005).

⁹⁰⁰ Literalmente indica FUENTETAJA PASTOR que “los procesos de contratación de personal laboral han sido una continua fuente de escándalos en el ya mencionado sector público empresarial, pero también en la Administración Local”. (FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pg. 86). Puede verse también ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., “Líneas de Reforma...”, op.cit., pg. 488.

⁹⁰¹ CASTILLO BLANCO, F.A., “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el Sector Público”, *REDA*, nº. 86, 1995.

⁹⁰² También señala RAMOS MORAGUES que la igualdad en el acceso a los empleos públicos sufre en la práctica sutiles conculcaciones y sistemáticos desconocimientos cuando se trata de contratación laboral. (RAMOS MORAGUES, F., “Los principios rectores del acceso al empleo público”, en AA.VV., *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTI, Madrid, 2009, pg. 710).

⁹⁰³ Como indica RUANO RODRÍGUEZ, una de las principales distorsiones de la vigencia de los principios de mérito y capacidad es la inexistencia de normativa sobre la selección de personal laboral temporal, la cual se deja en manos del convenio colectivo. (RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución*, op.cit., pg. 82). Añade que “la conjunción de los estacionamientos abiertos por la normativa en vigor (...) posibilita un uso desviado y, eventualmente, incluso fraudulento en la contratación de laborales, abriendo una de las zonas más oscuras del acceso a los empleos públicos”. (Op.cit., pgs. 82 y 83).

capacidad, mediante la vía de la funcionarización o la celebración de procesos selectivos restringidos de consolidación de empleo temporal con sobrevaloración de los servicios prestados, todo ello impulsado por la clase política y los sindicatos.

También debe destacarse que en el ámbito laboral existen otras vías que acaban determinando la consolidación de personal laboral en el Sector Público sin la superación del correspondiente proceso selectivo. Se trata de casos en los que se produce alguna infracción de la normativa laboral y el Estatuto de los Trabajadores establece como consecuencia legalmente establecida la adquisición de fijeza por el trabajador. Éstos son los supuestos de contratación laboral temporal irregular, contratación administrativa irregular, sucesión de empresa y cesión ilegal de trabajadores, supuestos en los que se ha afianzado la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo.⁹⁰⁴

A todo ello debemos añadir que en el ámbito de la contratación laboral irrumpe una nueva fuente del Derecho, el convenio colectivo, cuya legitimidad para regular ciertas condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas es razonable, pero cuya legitimidad para regular los procesos de selección del personal laboral al servicio del Sector Público es más que discutible, según se ha expuesto en el apartado 4 del Capítulo 2 de esta tesis doctoral. Y a este respecto la doctrina ha señalado que el uso del convenio colectivo no ha favorecido la vigencia de los principios de mérito y capacidad, sino que ha contribuido a su relativización.⁹⁰⁵

Por su parte, señala GIL PLANA⁹⁰⁶ que “es de todos conocido que la contratación laboral de empleados públicos ha sido el instrumento utilizado, so pretexto de una pretendida mejor gestión de los recursos humanos, para huir del Derecho Público y buscar una relativización cuando no desaparición, de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de los empleados públicos, muchas veces aduciendo que era una contratación temporal luego convertida en indefinida no fija de plantilla o en fija de plantilla, a través de conocidos procesos de consolidación de empleo precario o de funcionarización, en los que se han matizado los principios que deben regir el ingreso al empleo público”.

Igualmente, SOSA WAGNER⁹⁰⁷ explica la evolución del clientelismo político en la selección de empleados públicos por los Entes locales, recordando cómo, una vez centralizada a nivel nacional y tecnificada la selección de Secretarios e

⁹⁰⁴ Figura reconocida a nivel legal por la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

⁹⁰⁵ RIVERO LAMAS, J, “Selección y contratación...”, op.cit., pg. 27.

⁹⁰⁶ GIL PLANA, J., “La selección...”, op.cit., pgs. 11 y 12.

⁹⁰⁷ SOSA WAGNER, F., “La función pública local”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999, pg. 136.

Interventores, el clientelismo opera en la selección de funcionarios propios de los Entes Locales, donde se ha dado preferencia al personal interino o contratado y se ha disminuido la competencia técnica y profesional de los miembros de los órganos de selección.

También el Defensor del Pueblo Andaluz, en su Informe de 2000, señaló que “con la laboralización de la función pública local se eluden unos requisitos más rigurosos establecidos para el acceso a la condición de funcionario: todas las garantías se desvanecen o su exigencia se diluye, una gran nebulosa planea sobre el personal laboral que afecta a las titulaciones exigidas, los sistemas de selección y/o los Tribunales de selección de los mismos. En definitiva, se aprecia que primero se laboraliza el puesto de trabajo, luego se usa el concurso de méritos como sistema de acceso y, lo que se pretende, en ocasiones, con todo es la donación del empleo público, conducta que resulta abiertamente inconstitucional.

VILLANUEVA PUERTOLLANO⁹⁰⁸ es más claro, si cabe, al exponer el iter procedimental que siguen las Administraciones para eludir los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a los empleos públicos, señalando que “se ha sustituido el sistema legal acceso al empleo público Local por una especie de vía de hecho que comienza con la contratación laboral temporal, y pasa después por la adquisición de la condición de indefinido no fijo de plantilla, para llegar a procesos de consolidación de empleo, ya sea por norma legal o convencional a través de planes de empleo, y culminar el despropósito mediante funcionarizaciones generalizadas”.

Por tanto, el fraude en el acceso al empleo público por la vía laboral se integra de lo siguiente:

- En primer lugar, se produce una huída del Derecho administrativo, mediante el uso de la contratación laboral para eludir los procesos selectivos más rigurosos del personal funcionario. Y debe destacarse que esta huída se produce porque el Derecho administrativo no ha regulado bien los procesos selectivos del personal laboral, introduciendo las necesarias exigencias propias del mérito y la capacidad. En efecto, o no dice nada, o solo dice que se sujete a principios, o incluso opta expresamente por el sistema tan maleable del concurso de méritos. Por tanto, el legislador es el culpable de esa huída.

- En segundo lugar, se utiliza la vía de la funcionarización para convertir al personal laboral en personal funcionario, sin tener que superar los procesos de acceso libre que son más exigentes que los propios de la funcionarización.

El fraude es aún mayor, si cabe, en el caso de la contratación laboral temporal, ya que:

⁹⁰⁸ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 52.

- Tradicionalmente no existe una normativa clara sobre los procesos de selección del personal laboral temporal, por lo que su contratación es y ha sido, en muchos casos, directa, sin concurrencia real basada en mérito y capacidad.

- Las Administraciones Públicas eternizan al personal laboral temporal en el puesto de trabajo, lo cual da lugar a que este personal temporal reclame judicialmente su conversión en personal fijo, en virtud de las normas tuitivas del Estatuto de los Trabajadores.

- Una vez convertido este personal en laboral indefinido no fijo, se utiliza torticeramente la normativa para consolidar a ese personal como personal laboral fijo, a través de procesos selectivos de consolidación de empleo temporal y funcionarización.

A este respecto, indica VILLANUEVA PUERTOLLANO que es difícil de solucionar ese problema “si no se ponen definitivamente límites al círculo vicioso actual que configura las plantillas locales sobre la base de la evolución desde personal laboral temporal irregularmente contratado hasta su transformación en personal laboral fijo o funcionario de carrera, a través de pronunciamientos de los Juzgados de lo Social (indefinido no fijo), consolidaciones de empleo y funcionarizaciones, donde los principios de igualdad, mérito y capacidad apenas pueden detectarse. Todo ello al margen de una planificación seria y consciente de los recursos humanos necesarios para la prestación de los servicios públicos locales”.⁹⁰⁹

Lo que sí está admitido, como punto de partida, es que los principios de igualdad, mérito y capacidad, rigen en el ámbito de la contratación laboral de las Administraciones Públicas.⁹¹⁰ En el Capítulo 2 de la presente tesis doctoral se ha hecho referencia a la polémica que en su momento se suscitó acerca de si el artículo 23.2 CE abarcaba también al personal laboral, entendiendo el Tribunal Constitucional que no era así, aunque el derecho fundamental de acceso al empleo en condiciones de igualdad existe en el ámbito del personal laboral con base en el artículo 14 CE. En definitiva, el principio de igualdad (también derecho fundamental) reconocido en dicho artículo impone la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral.⁹¹¹

En todo caso, la normativa legal ha reconocido expresamente la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad al personal laboral de las Administraciones Públicas. Así, la Ley 30/1984 estableció en su artículo 19 que

⁹⁰⁹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pgs. 62 y 63.

⁹¹⁰ VIVERO SERRANO, J.B., “El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras”, *REDA*, nº. 143, 2009.

⁹¹¹ ROJO TORRECILLA, E., “La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pg. 87.

“las Administraciones Públicas seleccionan su personal, ya sea funcionario, ya laboral, (...) a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”. Y el actual Estatuto Básico del Empleado Público establece en su artículo 55, que *“todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”*, lo cual incluye al personal laboral.

Ahora bien, la concreción de estos principios en los procesos de selección del personal laboral ha sido distinta a la regulación del personal funcionario y ha sido insuficiente. Como indica SOSA WAGNER,⁹¹² *“adviértase que, si el régimen de la función pública y el laboral se aproximan en cuanto a sus contenidos fundamentales, en un punto se diferencian clamorosamente: unos, los funcionarios, siguen ingresando por medio de exámenes públicos con programas conocidos y ante tribunales formados por especialistas, mientras que los otros, los laborales, lo hacen generalmente -aunque hay excepciones- gracias a la herramienta mellada de la imposición del dedo o de unas pruebas en las que predomina el compadreo político o sindical”.* Así, la defectuosa normativa ha determinado la preferencia de muchas Administraciones Públicas por la contratación laboral frente a la selección de funcionarios, *“promocionando una huída del Derecho Público que permitiese concertar relaciones ajenas a los principios de mérito y capacidad”.*⁹¹³ A esta realidad alude también el propio Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, que expresamente señala que *“la huida hacia el empleo público con contrato laboral se ha explicado y aún se explica por la relativa relajación de las garantías de acceso en este ámbito”.*⁹¹⁴

Y es que tradicionalmente el sistema de ingreso de los laborales en la Administración Local ha sido el de contratación directa, estando presentes, pues, el amiguismo, el clientelismo político, y, en general, el favoritismo alejado de los principios de mérito y capacidad. En este sentido, la doctrina coincidió en denunciar la arbitrariedad de la contratación laboral antes de la Ley 30/1984.⁹¹⁵ Tras la Constitución, dicha Ley 30/1984, con carácter básico, estableció

⁹¹² SOSA WAGNER, F., SOSA WAGNER, F., “Empleados públicos: festival de leyes”, en el *diario el Mundo*, de 20 de septiembre de 2007.

⁹¹³ PUERTA SEGUIDO, F., en AA.VV., Estatuto Básico del Empleado Público, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, la Ley, Madrid, 2007, pgs. 397 y 398. Ver también PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho del empleo público*, op.cit., pg. 77 y ss., SÁNCHEZ MORÓN, M., “Artículo 23.2...”, op.cit., pg. 669 y ss., VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 29, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 143 y ss.

⁹¹⁴ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 89.

⁹¹⁵ Puede citarse a NIETO GARCÍA, A., “De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo”, *REDA 1976-1977*, nº. 11-15 y ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 107 y ss.

expresamente la aplicación de estos principios constitucionales a la selección de personal laboral, pero esta previsión resultó insuficiente. La doctrina, de hecho, criticó el Real Decreto 2223/1984, por el que se aprobó el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio del Estado, especialmente por su preferencia por el concurso como proceso selectivo para el personal laboral. Las críticas también se han acumulado frente al nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 364/1995.⁹¹⁶

El reconocimiento legal expreso de la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección del personal laboral y la regulación de ciertos aspectos en el Real Decreto 364/1995 han constituido importantes adelantos. También el reconocimiento legal, doctrinal y jurisprudencial de que, en el ámbito de la relación laboral con las Administraciones Públicas, hay que distinguir los dos aspectos de, por un lado, la selección del personal, y por otro lado, su régimen de derechos y obligaciones una vez ya establecido el vínculo, de manera que se someten al Derecho Público y se atribuye a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el enjuiciamiento de los actos (separables y administrativos) de selección de dicho personal.

El vigente Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 55, declara también aplicable al personal laboral los principios constitucionales y los principios que en el mismo se señalan.⁹¹⁷ Por tanto, a nivel de principios, existe una equiparación legal entre el personal laboral y el personal funcionario.⁹¹⁸ Sin embargo, como ha demostrado la práctica, no es suficiente con consagrar expresamente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad⁹¹⁹, sino que, para hacerlos efectivos, es preciso el establecimiento de una serie de mecanismos concretos y detallados. Y es aquí donde la normativa de selección del personal laboral presenta serias deficiencias, porque los mecanismos reglamentarios e incluso legales a través de los cuales se articulan tales principios, son distintos, según se trate de personal funcionario o laboral, sucediendo que las garantías en el ámbito laboral son menores, pues el propio EBEP establece sistemas de selección distintos, según se trate de personal laboral o funcionario.

En común se establece, tanto para personal funcionario como laboral, lo siguiente, en el artículo 61 del EBEP:

⁹¹⁶ Ver PARADA VÁZQUEZ, J.R., *Derecho del empleo público*, op.cit., pg. 63, 87 y 137, y MARTÍN-RETORTILO BAQUER, L., "Reflexiones sobre la huída del Derecho Administrativo", *RAP*, 1996, nº. 140.

⁹¹⁷ Publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

⁹¹⁸ Ver GIL PLANA, J., "La selección...", op.cit., p.21.

⁹¹⁹ Ver también BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 212.

- Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción interna y de las medidas de discriminación positiva previstas en este Estatuto. Los órganos de selección velarán por el cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades entre sexos.

- Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas. Las pruebas podrán consistir en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita, en la realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas, en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras y, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

- Los procesos selectivos que incluyan, además de las preceptivas pruebas de capacidad, la valoración de méritos de los aspirantes sólo podrán otorgar a dicha valoración una puntuación proporcionada que no determinará, en ningún caso, por sí misma el resultado del proceso selectivo.

- Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de periodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.

- Los órganos de selección no podrán proponer el acceso de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria. No obstante lo anterior, siempre que los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de las mismas, cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento.

Sin embargo, el artículo 61 EBEP establece importantes diferencias entre personal laboral y funcionario, respecto de los procesos selectivos. Así, señala que los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán los de oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación. Sólo en virtud de Ley podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos. Sin embargo, establece que los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, con las características establecidas en el apartado anterior, o concurso de valoración de méritos.

Y añade el EBEP que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

Por tanto, para el personal laboral se admite sin reservas el sistema de concurso de méritos, sin otorgar preferencia a los otros dos sistemas de selección, mientras que en el caso de los funcionarios, el concurso de méritos requiere una ley y además, carácter excepcional. Esta diferencia de régimen jurídico tiene claros antecedentes en la legislación vigente, ya que el antiguo Real Decreto 2223/1984 establecía como sistema preferente para seleccionar al personal laboral fijo el concurso, salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar, o por el número de aspirantes, resultara más adecuado el concurso-oposición o la oposición. Esto significó una inversión de las reglas generales de la selección de los funcionarios, ya que, para los laborales, se estableció como sistema preferente el concurso.

Esta inversión de las reglas en el ámbito laboral dio lugar a tales abusos,⁹²⁰ que el Real Decreto 364/1995 estableció simplemente que *“los sistemas selectivos serán la oposición, el concurso-oposición y el concurso”*⁹²¹. Sin embargo, en la práctica la situación no se ha visto drásticamente alterada, ya que el tenor literal del citado Real Decreto permite utilizar cualquiera de los tres sistemas de selección para el personal laboral, sin priorizar, por lo que las Administraciones Públicas siguen gozando de una gran discrecionalidad para poder elegir el concurso de méritos como proceso de selección.⁹²² Y es un hecho constatado que tradicionalmente se ha utilizado el concurso o el concurso-oposición para acomodar los méritos exigidos a los que ostentan determinados candidatos o colectivos a los que se pretende favorecer.

Al respecto, y refiriéndose a los Entes Locales, indica PÉREZ LUQUE⁹²³ que el establecimiento del sistema de concurso supone una mejora respecto de lo que ocurría hasta el momento en los Entes Locales, que eran los nombramientos directos y arbitrarios. Pero también destaca que el sistema de concurso puede y es

⁹²⁰ Ver GRAU MORANCHO, R., *Laboralización Administraciones Públicas*, Trivium, Madrid, 1998, pg. 37.

⁹²¹ En el ámbito local, el Real Decreto 896/1991, sobre personal propio de los Entes Locales, estableció en su Disposición Adicional Segunda que la selección del personal laboral fijo ser haría *“por concurso, concurso-oposición u oposición libre, teniendo en cuenta las condiciones que requiera la naturaleza de los puestos de trabajo a desempeñar de conformidad con las bases aprobadas por el pleno de la corporación y respetando siempre los sistemas de promoción profesional, rigiéndose todo ello por sus reglamentaciones específicas o convenios colectivos en vigor”*.

⁹²² Igual situación se da en el ámbito local, respecto del cual el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local, establece, en su Disposición Adicional Segunda, que *“la selección de este personal se hará por concurso, concurso-oposición u oposición libre, teniendo en cuenta las condiciones que requiera la naturaleza de los puestos de trabajo a desempeñar”*.

⁹²³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 676.

de hecho utilizado para camuflar nombramientos directos, en la medida en que los Entes Locales lo usan elaborando baremos de méritos que son auténticos trajes a medida de los candidatos a quienes se desea favorecer.

También la mayoría de las leyes autonómicas sobre empleo público mantiene la diferencia de sistemas selectivos según se trate de personal funcionario o laboral. Así, en cuanto se refiere a la Comunidad Autónoma andaluza, su Ley 6/1985, dispuso para los funcionarios, que su ingreso sería a través del sistema de concurso, oposición o concurso-oposición libre, mientras que para el personal laboral fijo estableció el sistema de concurso, salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar o por el número de aspirantes resulte más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición. Por su parte, la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, dispone que *“tratándose de funcionarios se dará preferencia al sistema de oposición, salvo cuando por la naturaleza de las funciones a desempeñar sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición y, excepcionalmente, para puestos singularizados, el de concurso. La selección del personal laboral fijo, previa a la contratación, se realizará por el sistema de concurso, salvo cuando por la naturaleza de las tareas a realizar o por el número de aspirantes resulte más adecuado el de concurso-oposición o el de oposición”*.

También la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, establece el sistema general de oposición para funcionarios, pero el sistema general de concurso-oposición para laborales fijos. Y el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia establece oposición y concurso oposición como sistemas generales para los funcionarios, y sin embargo el concurso como sistema general para laboral permanente. También mantiene el trato diferente la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, que establece en su artículo 56 que *“tendrá carácter preferente en la selección de personal funcionario el sistema de oposición”*.

Sí debe destacarse que la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha no parece mantener el trato diferenciado, pues establece que *“los sistemas selectivos del personal funcionario de carrera y del personal laboral fijo son la oposición y el concurso-oposición”*.

La mayoría de la doctrina critica la distinta regulación y el distinto nivel de exigencias entre el acceso del personal laboral y el acceso del personal funcionario. Así, suele indicarse que tal diferenciación de trato carece de fundamento racional, pues en ambos casos se trata de acceder a un puesto de trabajo permanente, integrado dentro del empleo público, y en muchas ocasiones incluso el personal laboral desempeña las mismas funciones o tareas que el personal funcionario. En esta línea, pueden ser citados ESCUÍN PALOP⁹²⁴,

⁹²⁴ ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pgs. 161 y 163.

PÉREZ MARTÍNEZ⁹²⁵, BERMEJO CABRERO⁹²⁶, ILDEFONSO HUERTAS,⁹²⁷ QUINTANA LÓPEZ⁹²⁸, SÁNCHEZ MORÓN⁹²⁹, LÁZARO⁹³⁰, VILLANUEVA PUERTOLLANO⁹³¹, y FONDEVILA ANTOLÍN⁹³², FÉREZ FERNÁNDEZ⁹³³ y CANTERO MARTÍNEZ⁹³⁴. También CHAVES GARCÍA añade que, dado que la Disposición Transitoria Segunda del EBEP prevé la funcionarización del personal laboral, resulta incongruente la existencia de diferencias en el acceso a ambas clases de personal.⁹³⁵

Como indica PUERTA SEGUIDO⁹³⁶, el EBEP ha establecido para todos los empleados públicos, con independencia de la naturaleza de su vínculo jurídico, la vigencia de los principios que rigen en el acceso al empleo público, de manera que ya no cabe plantearse hoy el diseño de procedimientos que rebajen las garantías y exigencias para el acceso al personal no funcionarial. Sin embargo, ya hemos indicado que el propio EBEP ha dado su visto bueno a las diferencias de régimen entre ambos colectivos, ya que para los laborales sí ha permitido la vigencia indistinta del sistema de concurso de méritos, mientras que para los funcionarios exige carácter excepcional y su establecimiento por ley.

Refiriéndose a la diferencia de sistemas selectivos establecidos en el EBEP para funcionarios y laborales, SÁNCHEZ MORÓN⁹³⁷ indica que esta diferencia de trato resulta “disonante” en un cuerpo normativo que pretende aproximar la regulación de los funcionarios y los laborales. Considera este autor que en este punto “han prevalecido los intereses sobre las ideas, el pragmatismo sobre la propuesta de reforzar las garantías de objetividad”. Y finalmente señala el riesgo por todos conocido de que, a la vista de esta diferencia de trato, las

⁹²⁵ PÉREZ MARTÍNEZ, V., “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública”, *REALA*, nº. 234, 1987, pg. 268.

⁹²⁶ BERMEJO CABRERO, F., “Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública”, *REDA*, nº. 62, 1989, pg. 235.

⁹²⁷ ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pgs. 254 y 255 y 386.

⁹²⁸ QUINTANA LÓPEZ, T., en AA.VV., *Derecho Público de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pg. 493. Este autor se refiere a la Ley de Función Pública de Castilla y León, donde el sistema general de acceso a la función pública es la oposición, mientras que en el acceso a los puestos de laboral fijo el sistema general es el concurso-oposición.

⁹²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 413 y ss.

⁹³⁰ LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público...”, op.cit. pg. 699.

⁹³¹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 85.

⁹³² FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pgs. 164 y 165.

⁹³³ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Capítulo IV”, op.cit., pg. 289.

⁹³⁴ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Artículo 61. Sistemas Selectivos”, op.cit., pg. 679.

⁹³⁵ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 113.

⁹³⁶ PUERTA SEGUIDO, F., en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, la Ley, Madrid, 2007, pgs. 397 y 398.

⁹³⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 417.

Administraciones Públicas decidan reclutar más personal laboral (en los casos en que legalmente puedan optar entre personal funcionario y laboral), como viene sucediendo ya en la Administración local, y ello por las mayores posibilidades que el sistema de concurso ofrece para favorecer irregularmente a determinados candidatos, ya que es posible diseñar una baremación orientada a favorecerles.⁹³⁸

A ello también alude PÉREZ LUQUE⁹³⁹, indicando que el concurso ha sido utilizado para laboralizar en parte la función pública local, como medio para facilitar el ingreso al empleo público de las personas a quienes los miembros de la Corporación Local han querido favorecer subjetivamente, librándoles de someterse a una oposición, que hubiera podido ser un proceso selectivo más exigente. Este autor se pregunta, además, qué sentido tiene el sistema de valoración de méritos en el ámbito laboral, si éste se refiere a oficios y trabajos manuales, preguntándose si procede solicitar méritos en lugar de conocimientos técnicos probados a trabajadores como albañiles, electricistas, conductores, etc.

En este sentido, entiende VIVERO SERRANO que la utilización exclusiva del sistema de concurso de méritos “equivale a renunciar a verificar de manera concreta y actualizada la aptitud o capacidad de los aspirantes, conformándose con la valoración de los méritos formativos, profesionales y de otra naturaleza acumulados a lo largo del tiempo”.⁹⁴⁰ Además, entiende que centrar el proceso selectivo en el mérito y la capacidad no necesariamente actualizados y contrastados, pudiera contravenir el principio de adecuación entre el contenido objetivo del proceso selectivo y las funciones a desempeñar en el puesto de trabajo, principio recogido en el artículo 61.2 EBEP.

No extraña, pues, que en su Recomendación 27/2004, el Defensor del Pueblo destacara la circunstancia de la laboralización del personal de las Corporaciones Locales, señalando que “uno de los supuestos que utilizan las corporaciones locales para eludir el espíritu de la legislación antes citada⁹⁴¹, es el de incluir en las relaciones de puestos de trabajo como laborales puestos que tendrían que ser de carácter funcional”, de manera que, “al atribuírsele el carácter de laboral, en algunos casos se evita que el consiguiente proceso selectivo se tenga que hacer, obligatoriamente por oposición libre (así sucede con los auxiliares administrativos laborales) y, en otros, se facilita incluir en las bases de las convocatorias requisitos o méritos con los que favorecer a determinadas personas o colectivos sobre todo si se utiliza para ello el sistema de concurso

⁹³⁸ En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Acceso al empleo...”, op.cit., pg. 617.

⁹³⁹ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 677.

⁹⁴⁰ También reitera que no tiene sentido la diferenciación de procesos selectivos si las tareas a desempeñar por funcionarios y contratados laborales en muchos casos no son diferentes, por lo que la selección de contratados laborales fijos se torna en sospechosa, si no de derecho, sí de hecho. (VIVERO SERRANO, J.B., “*El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras*”, REDA, nº. 143, 2009, pg. 6).

⁹⁴¹ El Real Decreto 896/1991, que establece la preferencia por el sistema de oposición.

simple”. Por ello, concluye el Defensor del Pueblo en dicha Recomendación 27/2004 que “sería conveniente que se plasmara en la normativa que regula los procesos selectivos de las Entidades locales para cubrir las plazas vacantes con personal laboral de nuevo ingreso, la preferencia por la oposición libre (...) o, en su caso, por el concurso-oposición”. Es lógico que, por todo ello, el Informe de la Comisión de estudio del EBEP recomendara una regulación uniforme para ambos colectivos de personal⁹⁴²

Se comenta a continuación, a título de ejemplo, la normativa estatal contenida en el Real Decreto 364/1995, debiendo destacarse que, a diferencia de la reglamentación del personal funcionario, que cuenta con cierto detalle en dicho Real Decreto, el personal laboral viene caracterizándose por contar con una “regulación de mínimos”.⁹⁴³ Sobre la base del artículo 29.1 del Real Decreto 364/1995, según el cual las convocatorias de procesos selectivos para el personal laboral deberán someterse a lo previsto en el Título I de dicho Reglamento, que regula esta materia para el acceso a la función pública, y a la vista de los restantes artículos de dicho Real Decreto referidos al personal laboral, se exponen a continuación importantes diferencias entre los procedimientos de selección del personal laboral y funcionario.

El artículo 29 del Real Decreto 364/1995 sólo establece que en el BOE se anunciarán, *“al menos, el número de plazas por categorías y el lugar en que figuren expuestas las bases de las convocatorias”*. La doctrina⁹⁴⁴ ha destacado las menores exigencias de publicidad establecidas en el proceso de selección de los laborales, ya que el artículo 15 establece, para los funcionarios, *que “las convocatorias, juntamente con sus bases, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado”*. Así, autores como PÉREZ LUQUE⁹⁴⁵ consideran que la publicidad establecida en este artículo 29 es excesivamente restringida, por entender que la publicación debe ser íntegra, y que supone una diferencia injustificada respecto de los procesos selectivos de funcionarios.⁹⁴⁶

En lo referente al órgano de selección para los procesos selectivos del personal laboral, ya se ha comentado en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral lo dispuesto en el artículo 60 del EBEP, cuyas previsiones resultan aplicables al

⁹⁴² Informe de la Comisión..., op.cit., pgs. 90 y 91.

⁹⁴³ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *Acceso y clasificación...*, op.cit., pg. 47.

⁹⁴⁴ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 210, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J.R., “Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de los nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas”, *RL*, nº. 3, 1995, DEL SAZ CORDERO, S., *Contrato laboral y función pública...*, op.cit., pg. 72, SALA FRANCO, T., “La contratación temporal...”, op.cit., y ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 162.

⁹⁴⁵ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 684.

⁹⁴⁶ MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *Acceso y clasificación profesional...*, op.cit., pg. 48.

personal laboral. Como indica PÉREZ LUQUE⁹⁴⁷, en el ámbito de la contratación laboral también es esencial la configuración del órgano de selección, por lo que no deben existir diferencias respecto a lo preceptuado para los funcionarios. También MOLINA GARCÍA⁹⁴⁸ hace referencia a la necesidad de regular en detalle los órganos de selección del personal laboral y reducir su discrecionalidad al máximo, con fundamento en que el órgano de selección es el que da verdadera efectividad a los principios de mérito y capacidad.

Sin embargo, en este ámbito existe una total falta de concreción por parte del Real Decreto 364/1995, que sólo establece en su artículo 30 que “*los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores*”. Esta previsión, que ha sido calificada como “deliberadamente imprecisa”⁹⁴⁹, ignora el principio de especialidad de los órganos de selección, y no suministra un criterio para la designación de sus miembros⁹⁵⁰, y no da un criterio para designarlos⁹⁵¹, lo cual permite una casi total discrecionalidad política y administrativa que da lugar a “órganos interiorizados” que reciben instrucciones del poder político.⁹⁵²

Además, la previsión de dicho artículo 30 de que al menos un miembro del órgano de selección sea designado a propuesta de la representación de los trabajadores, resulta inconstitucional por ser contraria a los principios de especialización e imparcialidad de los órganos de selección, y cabe entenderlo derogado por lo dispuesto en el artículo 60 EBEP. Ya en su momento la doctrina dudó de la constitucionalidad de esta previsión.⁹⁵³

⁹⁴⁷ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 689.

⁹⁴⁸ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 198.

⁹⁴⁹ PÉREZ MARTÍNEZ, V., “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública”, *REALA*, nº. 234, 1987, pg. 269.

⁹⁵⁰ RIVERO LAMAS, J., “Selección y contratación...”, op.cit., pg. 28, y PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 211.

⁹⁵¹ RIVERO LAMAS, J., “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, *Serie Claves del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, nº. 2, 2004.

⁹⁵² El anterior Real Decreto 2223/1984 se limitaba a señalar que “*los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado por los representantes de los trabajadores*”. Esta redacción fue criticada por autores como ALEGRE ÁVILA (ALEGRE ÁVILA, J.M., “Objetividad e imparcialidad...”, op. cit., pg. 26), que señalaron que no tenía sentido no exigir las mismas prevenciones sobre especialización que el mismo Real Decreto exigía para los órganos de selección de funcionarios. Y es que este Real Decreto nada decía para los laborales del principio de especialización, ni siquiera lo reconocía expresamente.

⁹⁵³ Ver, entre otros, PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 690, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, pg. 134, y FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado”, *DA*, nº. 241-242, 1995.

En definitiva, el citado artículo 30 del Real Decreto 364/1995 no satisface las exigencias de los principios de especialidad técnica e imparcialidad, dando un excesivo margen de discrecionalidad a la Administración Pública convocante de cada proceso selectivo⁹⁵⁴. Además, tratándose de personal laboral, esta concreción acaba realizándose en convenio colectivo. Algunos autores han postulado cubrir el vacío reglamentario no con lo que resulte de la negociación colectiva, sino aplicando la normativa de los funcionarios de manera supletoria⁹⁵⁵, aunque esta línea no es pacífica en la doctrina.⁹⁵⁶

Por tanto, cabe concluir sobre la necesidad de una normativa clara y detallada sobre composición de los órganos de selección del personal laboral que asegure su objetividad y profesionalidad. En este sentido, resulta aplicable al personal laboral todo lo expuesto en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral.⁹⁵⁷ Además, como se ha indicado en el Capítulo 2, los convenios colectivos no pueden regular el acceso al empleo público laboral, sino cuestiones de la relación laboral una vez que está constituida, es decir, las condiciones de trabajo, no de acceso a la relación laboral.

2.- PARTICULARIDADES DE LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO

La selección del personal laboral fijo en el Sector Público puede presentar particularidades, respecto de la selección del personal funcionario. Así, en primer lugar, debemos hacer referencia a una posibilidad que no está prevista en el ámbito del personal funcionario, consistente en el establecimiento de un período de prueba, de conformidad con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y

⁹⁵⁴ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 103.

⁹⁵⁵ Ver en esta línea MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 199.

⁹⁵⁶ En efecto, en contra puede citarse a MOLERO MARAÑÓN, quien considera que la negociación colectiva debe ocuparse de los aspectos sustantivos, y que solamente los aspectos procedimentales sí podrían regularse por la normativa de los funcionarios. (MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *Acceso y clasificación...*, op.cit., pg. 47).

⁹⁵⁷ Alguna ley autonómica promulgada con posterioridad al EBEP sí empieza a extender al personal laboral fijo las garantías de los órganos de selección. No se alcanza el nivel de garantía propuesto en este trabajo de investigación, pero al menos las garantías establecidas legalmente se extienden al personal laboral. Así, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, establece en su artículo 57 que *“los órganos de selección estarán compuestos exclusivamente por personal funcionario, salvo que se trate de seleccionar personal laboral, en cuyo caso podrá estar compuesto además por personal de esta clase. La clasificación profesional de los miembros de los órganos de selección deberá ser igual o superior a la del cuerpo, agrupación profesional funcionarial o categoría laboral objeto de la convocatoria y, al menos, más de la mitad de sus miembros deberá poseer una titulación correspondiente a la misma área de conocimientos que la exigida en la convocatoria”*. Y añade, tanto para personal funcionario como laboral que *“el personal de elección o de designación política, el personal funcionario interino, el personal laboral no fijo y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección”*.

demás legislación laboral aplicable, posibilidad ésta que el propio Real Decreto 364/1995 prevé en su artículo 33, disponiendo que *“transcurrido el período de prueba que se determine en cada convocatoria, el personal que lo supere satisfactoriamente adquirirá la condición de personal laboral fijo”*.

En segundo lugar, ya se ha hecho alusión a que la normativa reguladora del empleo público establece menores exigencias formales y de fondo para la selección del personal laboral fijo que para la selección del personal funcionario, diferencia ésta que ha sido criticada por la doctrina.

En este sentido, se ha expuesto que la normativa legal, tanto básica como autonómica (en la mayoría de los casos) admiten con carácter general el sistema de concurso como sistema de selección del personal laboral fijo. Y también se ha indicado que el propio Defensor del Pueblo propuso en su Recomendación 27/2004 que se implantase el sistema de oposición libre o de concurso-oposición en la selección del personal laboral fijo. Incluso VILLANUEVA PUERTOLLANO⁹⁵⁸, refiriéndose al ámbito local, propone extender al personal laboral los temarios mínimos que la normativa estatal ha fijado para el acceso a la función pública Local.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria antes expuesta, procede eliminar las diferencias normativas establecidas entre el personal laboral fijo y el funcionario, de modo que a ambas clases de personal se apliquen las mismas reglas sobre el proceso selectivo. Ello determina que al personal laboral fijo le resulte aplicable todo lo expuesto en el presente trabajo de investigación sobre sistemas de selección (Capítulo 3) y sobre los órganos de selección (Capítulo 4).

También me remito a lo expuesto sobre el papel del Convenio Colectivo en la regulación de los procesos selectivos del personal laboral fijo en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral. La conclusión allí alcanzada es que los sindicatos y los representantes de los trabajadores y funcionarios carecen de interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral como funcional. Y que, por tanto, es imprescindible una reforma legal que sustraiga por completo al ámbito de la negociación con los sindicatos los procesos selectivos, tanto de funcionarios como de laborales, así como las decisiones sobre Ofertas de empleo público y convocatorias de procesos selectivos. Y ello porque la legislación actual está reconociendo unas facultades de negociación (sobre los procesos selectivos) a los sindicatos que no se corresponden con el interés que éstos defienden (el de sus afiliados, no el de la ciudadanía).

Lo expuesto determina que, en cuanto se refiere a la fuente del Derecho constituida por los convenios colectivos, éstos no tienen cabida en el ámbito de la regulación del acceso al empleo público, pues nacen de la negociación colectiva entre la Administración y los representantes de los trabajadores, y ya se ha

⁹⁵⁸ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 85.

justificado claramente que éstos carecen de interés legítimo para negociar esta materia.

Por otro lado, determinados tipos de contrato laboral pueden afectar al modo en que se selecciona al personal laboral. En particular, MARÍN ALONSO⁹⁵⁹ se refiere al contrato de fomento de la contratación indefinida⁹⁶⁰, recordando que también en su celebración deben concurrir los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para acceder al empleo público. Ahora bien, dado que este tipo de contrato se dirige a un concreto colectivo que tiene mayores dificultades para acceder al mercado de trabajo, la concurrencia y libre competencia en un proceso selectivo “estará vedado para aquellos que no sean posibles beneficiarios del contrato de fomento de la contratación indefinida, pudiendo quedar así comprometidos los principios constitucionales que fundamentan el acceso al empleo público”. Ciertamente, aunque la crisis económica y la difícil empleabilidad de estos colectivos justifiquen su especial protección a través de medidas legislativas de carácter positivo, lo cierto es que no está nada claro que este objetivo pueda prevalecer sobre el derecho fundamental del artículo 14 CE.

3.- NULIDAD DEL CONTRATO LABORAL POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

La doctrina ha discutido acerca de los supuestos en que cabe apreciar la nulidad de los contratos laborales celebrados por las Administraciones Públicas, así como acerca de los efectos que se derivan de dicha declaración de nulidad. Al respecto, PINAZO HERNANDIS⁹⁶¹ considera que deberían calificarse como nulos los contratos en que se haya producido:

- Incumplimiento de las normas reguladoras de las convocatorias.
- Irregularidades en las pruebas selectivas.
- Nulidad declarada por sentencia de la convocatoria para la provisión de puestos de trabajo.
- Contratación de personal que haya aprobado pruebas sin que exista plaza para el mismo.

⁹⁵⁹ MARÍN ALONSO, I., “Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010”, *RL*, nº. 22/2011.

⁹⁶⁰ Que califica como modalidad estrella de la reforma laboral efectuada por la Ley 35/2010 sobre la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad.

⁹⁶¹ PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público...*, op.cit., pg. 232 y ss.

- Contratación sin haberse producido el acceso mediante los sistemas de provisión reglamentarios.
- Contratación de personal laboral en el que exista alguna de las causas de incapacidad específica que sean de aplicación a los funcionarios.
- Contratación para ocupar puestos de naturaleza funcional.
- Cualquier contravención al interés público, al Ordenamiento Jurídico o a los principios de buena administración.

La doctrina y jurisprudencia actuales vienen admitiendo de forma pacífica que el incumplimiento de las normas sobre las actuaciones preparatorias del contrato laboral, en particular, las irregularidades en el proceso selectivo, o la falta del mismo, dan lugar a la declaración de nulidad del contrato laboral. Ahora bien, mayores problemas se han planteado en relación con la declaración de nulidad de los contratos laborales celebrados para realizar funciones reservadas por ley al personal funcionario.

Parte de la doctrina viene entendiendo que es nula la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente relación de puestos de trabajo.⁹⁶² En relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, autores como GODINO REYES⁹⁶³ entendían que la lista de supuestos de dicho artículo en los que cabe contratar laborales tenía carácter taxativo o de *numerus clausus*. En tal sentido, si se contrataba a un laboral para realizar funciones fuera de esta lista, y que, por tanto, correspondían al personal funcionario, se planteó la cuestión de si el contrato laboral sería nulo, por estar celebrado fuera de las previsiones del artículo 15.1 de dicha ley. Dado que se trata de una norma imperativa, su vulneración haría nulo el contrato laboral, habiéndolo entendido así LIMÓN LUQUE⁹⁶⁴. También se ha expuesto que según PINAZO HERNANDIS⁹⁶⁵ deberían calificarse de nulos los contratos en que se haya producido contratación para ocupar puestos de naturaleza funcional.

El mayor problema se ha planteado en relación con la contratación de personal laboral temporal para realizar actividades reservadas al personal funcionario. Y es que incluso las propias leyes admiten esta posibilidad. Así, puede citarse como ejemplo la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, que en su artículo 90 regula la colaboración temporal, disponiendo que *“la colaboración temporal en sectores de actividad administrativa*

⁹⁶² Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “Relación laboral común...”, op.cit., pg. 601, y la STS de 1993.

⁹⁶³ GODINO REYES, M., “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local”, *REDT*, 1997.

⁹⁶⁴ LIMÓN LUQUE, M.A., “La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista del Trabajo*, nº. 99, 1990.

⁹⁶⁵ PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público...*, op.cit., pg. 232 y ss.

reservados a funcionarios, según las relaciones de puestos de trabajo y que por razones excepcionales no puedan ser debidamente atendidos por estos, se establecerá por contratación laboral temporal o de duración determinada”.

Con posterioridad al EBEP se han dictado leyes autonómicas que regulan expresamente la cuestión. En concreto, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, establece, en su artículo 17.5 que el personal laboral fijo *“no podrá ocupar puestos de trabajo clasificados para personal funcionario. El quebrantamiento de esta prohibición dará lugar a la nulidad del acto correspondiente”*.⁹⁶⁶ También aclara en su artículo 17.6 que *“el personal laboral temporal no podrá ocupar puestos de trabajo clasificados para personal funcionario”*, añadiendo que *“el quebrantamiento de la prohibición prevista en el apartado anterior dará lugar a la nulidad del acto correspondiente, con la consiguiente responsabilidad de la persona causante del mismo”*.

Sin embargo, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, no sigue esta línea, disponiendo en su artículo 11.4 que *“en ningún caso se puede contratar personal laboral para el ejercicio de funciones reservadas al personal funcionario, excepto en los siguientes casos y siempre que no impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales:*

a. Contratos de trabajo en prácticas o para la realización de una obra o servicio determinados, siempre que dichas contrataciones se realicen en virtud de convocatorias de ayudas o subvenciones de Administraciones públicas o de la Unión Europea que exijan dichas modalidades contractuales, y que, en todo caso, finalicen cuando así lo establezca la normativa aplicable.

b. Contratos de trabajo con el personal investigador en los términos previstos en la normativa sobre investigación científica y técnica”.

También el artículo 90.1 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, dispone que *“la colaboración temporal en sectores de actividad administrativa reservados a funcionarios, según las relaciones de puestos de trabajo y que por razones excepcionales no puedan ser, debidamente atendidos por éstos, se establecerá por contratación laboral temporal o de duración determinada”*.

Al respecto, LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ⁹⁶⁷ entienden que, dado que la normativa laboral es competencia exclusiva del Estado, es más que dudoso que las Comunidades Autónomas puedan establecer la contratación interina laboral para cubrir plazas vacantes de funcionarios o sustituirlos en caso de

⁹⁶⁶ Aunque exceptúa de esta prohibición *“al personal laboral que, de conformidad con la normativa vigente, obtenga resolución favorable del órgano competente para el cambio de puesto de trabajo por capacidad disminuida. Igualmente, se exceptúa en los supuestos de violencia de género, en los términos previstos en el artículo 109”*.

⁹⁶⁷ LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal interino de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2010, pg. 45.

ausencia. Añadamos a eso que si se trata de funciones del artículo 9.2 EBEP reservadas a funcionarios, tales leyes serían inconstitucionales, por vulnerar la legislación básica estatal.

Otra cuestión problemática es la de qué efectos se derivan de la declaración de nulidad del contrato laboral, especialmente en los casos en que la nulidad del mismo proviene de la declaración de nulidad del proceso selectivo que dio lugar a la celebración del contrato laboral. La jurisprudencia ha oscilado al respecto, probablemente por la ausencia de una regulación normativa suficiente, así como por las dudas acerca de qué orden jurisdiccional es competente, si el orden contencioso-administrativo o el orden social.⁹⁶⁸

Al respecto puede destacarse la STS de 12 de junio de 1989⁹⁶⁹, que se expresa con cierta confusión⁹⁷⁰, un tanto confusa. Efectivamente, en primer lugar señala que, una vez declarada judicialmente la nulidad del proceso selectivo, habrá que tramitar el procedimiento administrativo o judicial necesario para extinguir el contrato laboral por causa técnica, administrativa o económica, sin que proceda que la Administración Pública efectúe un cese automático del trabajador. Pero añade que si el trabajador tuvo oportunidad de defenderse en el previo proceso contencioso-administrativo tramitado contra el proceso selectivo, entonces no será necesaria resolución administrativa o judicial posterior para extinguir el contrato laboral, de modo que la sentencia contencioso-administrativa que declara la nulidad del proceso selectivo provoca el cese inmediato de los contratos de trabajo.

Aunque finalmente la citada sentencia señala que “sin desconocer la interconexión existente entre la convocatoria pública de referencia y la ulterior contratación laboral llevada a efecto por las partes actualmente en litigio, no es dable, sin embargo, confundir ambas actuaciones de la Administración pública recurrente que, si bien, en principio y por imperativo legal, se mueve dentro del ámbito del Derecho Público con sometimiento, por tanto, a los dictados judiciales de la jurisdicción contencioso-administrativa, posteriormente lo hace, ya, en el área del Derecho Privado dando vida a una realidad contractual propia de este último orden jurídico conforme al que, por ende, han de suscitarse y resolverse todas las incidencias de una contratación de este tipo”. Por lo que la citada sentencia

⁹⁶⁸ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “El contrato de trabajo en el Sector Público ante la anulación del procedimiento de selección”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pg. 763.

⁹⁶⁹ Esta sentencia se refiere al supuesto en que una Administración Pública, tras adquirir firmeza una sentencia del orden contencioso-administrativo que anula la convocatoria para la selección de personal laboral, procede al despido de dicho personal contratado con base en la convocatoria judicialmente anulada.

⁹⁷⁰ DÍAZ RODRÍGUEZ, J.M., “El contrato de trabajo en el Sector Público ante la anulación del procedimiento de selección”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pg. 763 y ss.

rechaza el automatismo con que la Administración demandada declaró la ineficacia del contrato laboral tras la declaración de nulidad del proceso selectivo. Ahora bien, esta posición es criticable, ya que, como indican QUINTANA LÓPEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁹⁷¹, niega eficacia al pronunciamiento del orden contencioso-administrativo.

Además, la citada sentencia interrelaciona aspectos que en realidad no inciden entre sí. Así, destaca que el trabajador despedido fue ajeno al proceso contencioso-administrativo en el que se anuló la convocatoria, circunstancia que resta eficacia a la sentencia dictada en dicho proceso, y, por consiguiente, al posterior despido administrativo. Sin embargo, la indefensión procesal ha de hacerse valer a través de los cauces procesales previstos a tal efecto, es decir, interponiendo el correspondiente recurso contra la resolución judicial contencioso-administrativa que hipotéticamente lesionó el derecho a la defensa, e incluso a través del recurso de amparo constitucional.⁹⁷²

El EBEP guarda silencio acerca de las consecuencias de la contratación laboral vulnerando el proceso de selección correspondiente. Nada dice acerca de las consecuencias para los que debieron ser contratados, ni sobre las consecuencias para los que han sido irregularmente contratados. Desde la estricta lógica jurídica, parece que si el proceso selectivo es anulado por los órganos judiciales, procederá retrotraer las actuaciones al momento en que se produjo la irregularidad, por lo que los contratos celebrados se ven afectados.⁹⁷³ De hecho, la propia STS de 10 de marzo de 1999 señala que falta de participación del interesado en el proceso contencioso-administrativo cuya sentencia resolutoria anula las actuaciones preparatorias del posterior contrato laboral “debe ser apreciada necesariamente en el contexto legal en el que estaba previsto el emplazamiento por el sistema de publicación oficial del anuncio del recurso (art. 64.1 de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 28 de diciembre de 1956)”.

En realidad se trata de aplicar la teoría de los actos separables, según la cual la fase de preparación y selección del contrato se rige por el Derecho Administrativo, y el conocimiento de los litigios relativos a esta primera fase corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁷⁴, mientras que la fase de los efectos y extinción del contrato, si es privado, se rigen por el Derecho Privado

⁹⁷¹ QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº. 13/2001.

⁹⁷² Op.cit.

⁹⁷³ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 174, y DIAZ RODRIGUEZ, J.M., “Efectos de la anulación judicial de los procedimientos selectivos”, en AA.VV., *El Estatuto básico del Empleado Público*, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTI, Madrid, 2009, pg. 500.

⁹⁷⁴ Incluso la propia Administración puede optar por la revisión de oficio, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 30/1992.

y, en el caso del contrato laboral, por el Derecho Laboral, así como el conocimiento de los litigios relativos a esta segunda fase corresponde a la jurisdicción social.⁹⁷⁵ Esta distinción es muy claramente expuesta en la STS de 31 de octubre de 2000, en la que se señala que, por un lado existe la decisión administrativa resultante del proceso selectivo, y por otro lado el vínculo contractual posteriormente suscrito.

La doctrina de los actos separables ha encontrado reconocimiento legislativo en el ámbito de la legislación de contratos del Sector Público (actualmente en el artículo 21.1 de la LCSP 30/2007), de modo que se aplica a los contratos privados celebrados por los Entes pertenecientes al Sector Público, en los que se distingue la fase de preparación y adjudicación, sometida al Derecho Administrativo y la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y la fase de ejecución y extinción, sometida al Derecho Privado y a la Jurisdicción Civil.

Como se ha indicado, esta doctrina de los actos separables no tiene reconocimiento normativo expreso en relación con los contratos laborales, pero la doctrina y jurisprudencia⁹⁷⁶ la vienen considerando aplicable, por tratarse de la misma cuestión.⁹⁷⁷ Así, entiende RAMOS MORAGUES⁹⁷⁸ que debe acudir, con carácter supletorio, a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ya que, aunque ésta, en su artículo 4, excluye de su ámbito de aplicación a *“la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos regulados en la legislación laboral”*, también establece en ese mismo artículo que *“se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse”*. Por tanto, entiende este autor supletoriamente aplicable lo dispuesto en los artículos 31 y 35 de la LCSP, según los cuales los contratos serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios, y la declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del contrato. Y la declaración de

⁹⁷⁵ Así, como indican a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, esta doctrina parte del hecho de que las Administraciones Públicas, al estar sujetas al interés general, al principio de igualdad y al de legalidad, no pueden elegir libremente con quien contratan, sino que han de tramitar el proceso legalmente establecido para designar al adjudicatario del contrato, incluso en el caso de que se trate de un contrato privado. Esto determina, en el caso de los contratos privados, que los actos de preparación y adjudicación de los mismos, al estar regulados por el Derecho Administrativo, constituyan auténticos actos administrativos, distintos del propio contrato. (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2006, pg. 60).

⁹⁷⁶ Ver en este sentido los AATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 6 de marzo de 1996 y 26 de junio de 1998.

⁹⁷⁷ Por todos, ver LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, pg. 209, GARCÍA LÓPEZ, R., “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *REDT*, nº. 44, 1990, y CARDONA TORRES, L., *El personal laboral en las Corporaciones Locales*, Bosch, Barcelona, 1989, pg. 31.

⁹⁷⁸ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011, pg. 247.

nulidad procede cuando se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, según el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

La doctrina de los actos separables viene siendo aplicada de manera reiterada a la contratación laboral de las Administraciones públicas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado. Así, en sentencia de 18 de octubre de 1999, dicho Tribunal señala que debe diferenciarse “entre el contrato de trabajo propiamente dicho que pueda perfeccionar una Administración pública y la actividad administrativa que lo precederá de selección de la persona particular con la que se convendrá dicho vínculo laboral. La observancia del mandato del artículo 23.2 de la CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección”.⁹⁷⁹

También el Consejo de Estado en Dictamen 202/1994, de 15 de junio, ha señalado que en la contratación laboral de la Administración ha de distinguirse entre actos administrativos previos al contrato laboral y el propio contrato, concluyendo que “la nulidad del acto separado que posibilita el contrato da lugar a la inexistencia de éste, no en virtud de la transmisibilidad regulada en el artículo 64 de la Ley 30/1992, sino por aplicación de la teoría general del negocio jurídico contractual, al no existir real voluntad en una de las partes (artículo 1261 del CC)”.

También afirma, en el Dictamen 2878/1995, de 11 de abril de 1996, que “en el expediente se han invocado y manejado a este respecto preceptos de régimen jurídico administrativo, extraídos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La posibilidad de la aplicación de tales normas a los procesos de selección de personal laboral se ha razonado por este Alto Cuerpo a través de la doctrina de los actos separables, de manera expresa en el Dictamen 202/94, de 15 de junio de 1994, con abundancia de argumentos, y también admitido claramente en los dictámenes 249/94 y 849/94, de 24 de marzo y 9 de junio de 1994 (...). Se parte

⁹⁷⁹ Pueden citarse también las SSTS de 20 de septiembre de 2002, 4 y 31 de octubre de 2000 y 19 de noviembre de 2001. Concretamente, la de 31 de octubre señala que “1) Las Administraciones públicas, en su esfera de actuación externa se rigen por lo general por el Derecho administrativo, pero tienen también reconocida la posibilidad de ajustar una parte de dicha actuación a las normas del Derecho privado, bien sea éste el civil o el laboral. Y cuando esto último sucede son de diferenciar: de una parte, el acto jurídico perfeccionado o formalizado según las reglas del Derecho privado; y, de otra, la decisión administrativa por la que el ente público exterioriza su voluntad concurrente para perfeccionar dicho acto de Derecho privado. 2) Tratándose del contrato de trabajo pactado por un Ayuntamiento, como en el presente caso acontece son de diferenciar también esas dos facetas que antes se han apuntado: la decisión administrativa por la que el Ente local selecciona a la persona con la que va a convenir ese contrato de trabajo, y por la que manifiesta su voluntad de perfeccionarlo; y el vínculo contractual laboral posteriormente resultante, distinto y diferenciado de aquella previa decisión administrativa. 3) La dualidad anterior es resultado de aplicar a esta materia la doctrina de los actos separables, y trae consigo que en el ámbito procesal sean también de diferenciar dos distintos órdenes jurisdiccionales en cuanto a la competencia para conocer las cuestiones que puedan plantearse. Al contencioso-administrativo corresponderá conocer las impugnaciones dirigidas contra el proceso administrativo de selección del trabajador y contra el acto de su designación; y a la jurisdicción social los litigios que surjan en la dinámica del contrato de trabajo que nació a consecuencia de esa selección y designación”.

en ellos de la distinción entre la relación jurídica ya constituida y el proceso que a establecerla conduce, preparatorio del contrato o relación bilateral que después surgirá, sometidos éstos a sus normas y jurisdicción propias, y aquel proceso a régimen jurídico administrativo; distinción que ha pasado a recogerse en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y obtenido reconocimiento en la jurisprudencia”.⁹⁸⁰

La aplicación de la doctrina de los actos separables a la contratación laboral en el Sector Público ha encontrado reconocimiento incluso en alguna norma autonómica. Así, la ley 4/1993, de 1 de abril, de Función Pública de Cantabria, señala en su artículo 7.2 que *“el contenido, efectos y extinción de la relación laboral se regirán por las normas de la contratación colectiva e individual en el marco de la legislación laboral, pero los actos preparatorios a su constitución como convocatorias, pruebas selectivas y demás trámites hasta la inscripción del contrato en el Registro de Personal, se regirán por el Derecho Administrativo”*.

La mayor dificultad se ha planteado a la hora de determinar de qué forma exacta se pone fin a la relación laboral una vez que se declara que el proceso selectivo ha sido irregular. Al respecto, se han defendido dos teorías: bien que el contrato laboral suscrito es nulo (de manera que la declaración de nulidad operaría *ipso iure* como causa extintiva de la relación laboral), o bien que procede la extinción de dicho contrato laboral en virtud de alguna de las causas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores (es decir, la declaración de nulidad solamente constituiría la justificación necesaria para adoptar la decisión de extinción contractual con base en lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores sobre extinción de contratos).

Como indica VIVERO SERRANO⁹⁸¹, las consecuencias de dar una u otra calificación a la situación son relevantes, ya que, en caso de nulidad la ineficacia es originaria y no ha lugar a indemnización más que por los daños efectivamente sufridos (al margen del cobro de las retribuciones por el servicio prestado),

⁹⁸⁰ Otra cuestión distinta es a qué orden jurisdiccional corresponde el conocimiento de las actuaciones administrativas previas para la preparación y adjudicación del contrato laboral. Al respecto, la STS de 19 de noviembre de 2001 considera que dicha competencia corresponde al orden contencioso administrativo, siempre que no se trate de la cobertura de los puestos de trabajo por procedimientos de promoción interna. También la STS de 5 de octubre de 2005 señaló que “1) La Administración no actúa en esta materia como empresario dentro del marco de un contrato ya existente y aplicando normas de indiscutible carácter laboral precisamente respecto de una persona que ya tiene la condición de trabajador, sino como autoridad pública que ejerce una potestad administrativa en orden a la selección de personal. 2) Esta actuación administrativa es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público pues la Administración está obligada a seguir lo dispuesto en los artículos 18 y 19 de la Ley 30/1984 y preceptos concordantes del Real Decreto 364/1995, que regula la selección de personal laboral tanto fijo como no permanente”. En esta línea puede verse OLIVERA MASSÓ, P., “La revisión jurisdiccional...”, op.cit., pg. 300 y ss.

⁹⁸¹ VIVERO SERRANO, J.B., “Capítulo X. Extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010, pg. 1182.

mientras que en el caso de extinción la ineficacia solamente tiene lugar desde que la extinción se produce y ha lugar a las indemnizaciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, las vías procedimentales y procesales son distintas, sucediendo que la nulidad puede declararse incluso de oficio.

Inicialmente, el Tribunal Supremo, en sentencias como la de 29 de marzo y 5 de octubre de 1994, señaló que la declaración judicial de nulidad del proceso selectivo operaba “a modo de condición resolutoria implícita”, teniendo en cuenta que, en caso contrario, la sentencia, normalmente dictada por el orden contencioso-administrativo, sería “una actuación procesal ineficaz e inoperante”. Concretamente, la STS de 5 de octubre de 1994 señala que “no puede descoyuntarse la intrínseca unidad del concurso oposición y la celebración del contrato de trabajo, en la que el primero está intrínsecamente ordenado al segundo, determinando la persona apta para celebrarlo, por lo que anulado el concurso oposición que confirió legitimidad y derecho al trabajador para ocupar la plaza mediante el contrato de trabajo éste queda de raíz inválido”.

Por tanto, entienden estas sentencias que el efecto inmediato de la declaración de nulidad del proceso selectivo era la nulidad e ineficacia del propio contrato laboral. Ello sin perjuicio del derecho a la remuneración por el trabajo prestado, en los términos del artículo 9.2 ET.⁹⁸² Además, la STS de 10 de marzo de 1999 alude al problema de la no personación del trabajador afectado en el proceso contencioso-administrativo, refiriéndose al “contexto legal en el que estaba previsto el emplazamiento por el sistema de publicación oficial del anuncio del recurso”.

Sin embargo, la citada STS de 10 de marzo de 1999 supone un cambio de criterio, optando por la tesis de la extinción contractual⁹⁸³, al entender que, una vez declarada la nulidad del proceso selectivo, debe acordarse la extinción del contrato de trabajo mediante alguno de los supuestos extintivos del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. Así, dicha sentencia señala que “existe una conexión funcional directa entre el procedimiento de concurso de provisión de plazas en la Administración Pública y el contrato de trabajo celebrado a la vista de su resultado, de suerte que no se puede exigir la continuación del contrato si se ha anulado el concurso que es su base de sustentación (...) siendo la validez del concurso para la provisión de plazas una circunstancia objetivamente necesaria para el cumplimiento de la finalidad del contrato de trabajo, la extinción de éste puede ser acordada invocando como causa un acto de la autoridad pública, cual es la sentencia firme que declara la nulidad del concurso. Para llevar a efecto la extinción de la relación laboral derivada de la anulación del concurso convocado para su provisión no es preciso ejercitar la acción de nulidad del contrato de

⁹⁸² Ver también las SSTS de 12 de junio de 1989 y 29 de marzo de 1994.

⁹⁸³ Ratificada por otras muchas, como las SSTS de 5 de julio de 2000, 18 de diciembre de 2007, 21 de enero de 2008 y 28 de abril y 5 de octubre de 2009.

trabajo (...) sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos previstos en el artículo 49 del ET”.

VIVERO SERRANO⁹⁸⁴ ha destacado la “pobreza de argumentación” de esta sentencia, que se limita a señalar que “de la nulidad declarada por sentencia firme en las bases de un concurso para la contratación de trabajadores en la Administración Pública deriva lógicamente la extinción del contrato o de los contratos de trabajo celebrados de conformidad con dichas bases”, argumentación que en realidad solamente recoge la afirmación de una premisa.

En particular, el Tribunal Supremo viene entendiendo, tal y como señala la citada sentencia de 10 de marzo de 1999, que se trata de un despido por fuerza mayor por entender que la imposibilidad de prestar el trabajo proviene de un acto de autoridad o *factum principis*, que suele definirse como un acto de la autoridad administrativa o gubernativa, pero al cual puede asimilarse también, según la citada sentencia, una resolución judicial (la que anula el proceso selectivo). Sin embargo, como indican QUINTANA LÓPEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO⁹⁸⁵, la fuerza mayor, como causa que permite al empresario rescindir con indemnización el contrato de trabajo, no es una categoría pensada para dar cobijo al supuesto de nulidad del proceso selectivo de contratación del trabajador.⁹⁸⁶

El efecto práctico de esta nueva teoría es doble: en primer lugar, hay que acudir a dos procedimientos judiciales, el primero ante el orden contencioso-administrativo, para obtener la declaración de nulidad del proceso selectivo, y el segundo, ante el orden social, para obtener la extinción del contrato de trabajo. En segundo lugar, se reconoce al trabajador la indemnización propia del despido objetivo, no solamente el derecho a las retribuciones correspondientes al tiempo trabajado (que es lo que procedería si se aplicara el artículo 9.2 ET sobre nulidad del contrato laboral). En este sentido, parte de la doctrina considera que la opción del Tribunal Supremo por la teoría de la extinción obedece en realidad al deseo de reconocer una indemnización al trabajador.⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ VIVERO SERRANO, J.B., “Capítulo X...”, op.cit., pg. 1184.

⁹⁸⁵ QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas”, *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº. 13/2001.

⁹⁸⁶ Además, la argumentación resulta aún más contradictoria y confusa, porque el Tribunal Supremo, en lugar de exigir el procedimiento prescrito en el artículo 51.12 ET, indica que, tras la declaración de nulidad del proceso selectivo, se deberá acudir a los artículos 51 o 52 c) ET, según que se supere o no el umbral numérico de trabajadores afectados en ellos establecido. Como indican GOERLICH PESET, J.M^a., y NORES TORRES, L.E., en el supuesto de fuerza mayor no se aplica la distinción en función del número de trabajadores. (GOERLICH PESET, J.M^a., y NORES TORRES, L.E., “Reestructuración de plantillas en los Entes Locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la administración Pública”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Coord. CLIMENT BARBERÁ, J., y BAÑO LEÓN, J.M^a., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002).

⁹⁸⁷ VIVERO SERRANO, J.B., “Capítulo X...”, op.cit., pg. 1184, y QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Efectos...”, op.cit., DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M^a.L.,

Además, otra diferencia práctica esencial entre nulidad y extinción del contrato laboral, es que los servicios prestados en virtud del contrato, si es declarado nulo (en lugar de entenderse extinguido) no serían computables en aquellos procesos selectivos en que se bareme como mérito los servicios prestados, ya que el contrato nulo no puede surtir mas efectos jurídicos que lo dispuesto en el artículo 9.2 ET (es decir, el derecho a la retribución por el trabajo prestado, así como, en virtud de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas, el derecho a una indemnización si se han causado daños a la persona afectada).

No obstante, existen sólidos argumentos que invalidan la teoría de la extinción contractual y avalan la teoría de la nulidad contractual:⁹⁸⁸

- En primer lugar, no se trata de la extinción de un contrato, pues sólo se extingue lo que es válido. En este sentido, la STS de 10 de marzo de 1999 contiene un voto particular que señala que se trata de un caso de nulidad del contrato, con fundamento en el artículo 64 de la Ley 30/1992, del que resulta que la nulidad de un acto provoca la de los sucesivos que traen causa de él. En efecto, dicho artículo 64 establece que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero, de modo que, si son dependientes, como ocurre en el caso analizado, sí implica la nulidad.

- En segundo lugar, no encaja en el caso de extinción de fuerza mayor, porque la fuerza mayor es algo imprevisible, pero no un vicio del contrato.

- En tercer lugar, si se tratara de un caso de fuerza mayor, no procedería acudir a los artículos 51 o 52.c) ET, sino al 51.12 ET.

- En cuarto lugar, como ha señalado la doctrina, procede la aplicación del artículo 35.1 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ya sea por aplicación supletoria⁹⁸⁹, ya sea por analogía.⁹⁹⁰

Empleo y prestación..., op.cit., pg. 261, y CASTRO ARGÜELLES, M^a.A., y GARCÍA MURCIA, J., "La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?", AS, n^o. 7/2000.

⁹⁸⁸ La propia STS 10 de marzo de 1999 citada contiene un voto particular (formulado por el Magistrado DESDENTADO BONETE) que señala que la nulidad del proceso selectivo no es una causa extintiva sobrevenida del contrato (*factum principis* como modalidad de fuerza mayor), sino que determina directamente la nulidad del contrato laboral, ya que, de ser otra la interpretación, la resolución contencioso-administrativa sobre el proceso selectivo sería ineficaz, y porque las causas extintivas del artículo 49 ET parten de la existencia de un contrato válido, cosa que no sucede aquí. La opinión expuesta en dicho voto es la que defendemos aquí, habiendo sido dicho voto particular ratificado por la doctrina. Entre otros puede verse GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo. (Comentario a la STS 4^a de 3 de marzo de 1999)", RL, n^o. 1, 1999, y DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002, pg. 38 y ss.

⁹⁸⁹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 247.

Además, VIVERO SERRANO⁹⁹¹ añade los siguientes argumentos de peso:

- No resulta coherente aplicar, como hace el Tribunal Supremo, la teoría de los actos separables, para luego no llevarla hasta sus últimas consecuencias. En efecto, la doctrina sentada por el Tribunal Supremo solamente acoge lo relativo a la distinción de dos jurisdicciones competentes, una para cada fase, pero no asume que la nulidad de la primera fase conlleva la nulidad de la segunda.

- El contrato laboral es nulo porque no existe consentimiento válidamente prestado por el empresario, ya que la Administración contratante no ha seguido el procedimiento legalmente establecido para formar dicho consentimiento.

- La nulidad del contrato laboral viene a su vez apoyada en la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual son nulos los actos vulneradores de los derechos fundamentales, y, obviamente, celebrar un contrato laboral como consecuencia de un procedimiento de selección viciado (o sin haberse tramitado el proceso selectivo), implica una lesión frontal al derecho fundamental (del resto de los ciudadanos) de acceso en condiciones de igualdad al empleo público laboral.

Además de lo expuesto, debe destacarse que la situación de un trabajador contratado en virtud de un procedimiento de selección viciado (o sin haberse tramitado el proceso selectivo) es exactamente la misma que la del personal funcionario nombrado en esa situación. Y nadie discute que, cuando se anula el proceso selectivo o la selección de ese funcionario, su nombramiento es también nulo, y no procede más que la indemnización patrimonial por los daños que efectivamente haya sufrido. Así pues, tratándose en ambos casos de empleados públicos, ¿qué diferencia de trato procede reconocer? Lo que sí es evidente, es que en ambos casos se ha adjudicado un puesto de trabajo público de forma irregular, y dicho acto es nulo, por cuanto contraviene la normativa pública reguladora del mismo y el citado derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad al empleo público (artículos 14 y 23.2 CE). Por tanto, no tiene sentido atribuir calificaciones jurídicas y consecuencias jurídicas distintas a dos situaciones iguales, si el Ordenamiento Jurídico no lo hace expresamente.

La teoría de la extinción, además, plantea el interrogante de cuales son las vías disponibles cuando, una vez declarada la nulidad del proceso selectivo, la Administración no procede a declarar la extinción de los contratos laborales suscritos tras el mismo, según lo dispuesto en los artículos 52.c) o 51 ET. Al respecto, señala VIVERO SERRANO⁹⁹² que “la acción declarativa de nulidad puede ejercerla cualquier interesado –un aspirante no contratado, por ejemplo- (...) aunque quizás sea más adecuado pedir formalmente la ejecución de la anulación administrativa o contencioso-administrativa por la vía de los artículos 521.c) o 51 ET (según el número de trabajadores afectados)”.

⁹⁹⁰ VIVERO SERRANO, J.B., “Capítulo X...”, op.cit., pg. 1184.

⁹⁹¹ Op.cit., pg. 1185.

⁹⁹² Op.cit., pg. 1188.

Parte de la doctrina entiende que la teoría de la nulidad radical del contrato laboral en caso de nulidad del proceso selectivo previo, perjudica ilegítimamente al trabajador afectado porque él no es culpable de dicha nulidad, y deja indemne a la Administración Pública, porque ésta no sufre ninguna consecuencia negativa.⁹⁹³ Incluso se ha entendido que la Administración Pública sale beneficiada pues se puede “fácilmente incurrir en fraude de ley, si al amparo, precisamente de las consecuencias de su propia infracción, se pretende burlar las normas laborales que establecen el principio de estabilidad en el empleo”.⁹⁹⁴

Pero lo cierto es que el trabajador afectado en este caso ostenta la misma posición que cualquier ciudadano afectado por un acto administrativo cuya nulidad es posteriormente declarada en vía administrativa o judicial. Por tanto, le quedará abierta la vía de la responsabilidad patrimonial, si es que el acto nulo le ha provocado algún daño indemnizable.

Por todo lo expuesto, procede reconocer la corrección de la teoría de la nulidad⁹⁹⁵, frente a la teoría de la extinción, y dar el mismo trato al colectivo funcional y al colectivo laboral cuando se trata de la nulidad de la contratación o nombramiento por irregularidades en el proceso selectivo o falta de tramitación del mismo. Así pues, no procede el reconocimiento de indemnización fundamentada en la extinción de contrato laboral en virtud de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sino solamente el percibo de las retribuciones devengadas por el trabajo efectivamente prestado (de acuerdo con el artículo 9.2 ET)⁹⁹⁶, así como la indemnización que corresponda por los daños efectivamente causados a la persona afectada, indemnización ésta que no es una indemnización derivada de la legislación laboral, sino resultante de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (o, si se trata de un Ente privado del Sector Público, derivada del artículo 1.902 del Código Civil).

⁹⁹³ GODINO REYES, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 152 y ss., y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., *Empleo y prestación...*, op.cit., pg. 263.

⁹⁹⁴ LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas. Madrid, 1995, pg. 209.

⁹⁹⁵ De manera que la declaración judicial (o administrativa, en su caso) que anula el proceso selectivo producirá efectos *ex nunc* sobre el contrato laboral derivado de dicho proceso selectivo. (Ver PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., “Validez del contrato”, en AA.VV., Dir. BORRAJO DACRUZ, E., *Comentarios a las Leyes laborales*, Edersa, Madrid, 1985, pg. 46 y ss., LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas. Madrid, 1995, pg. 203., y QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Efectos...”, op.cit.).

⁹⁹⁶ Así, el artículo 9.2 ET permite que el trabajador reciba una restitución económica por el trabajo que ya ha prestado, evitando así el enriquecimiento sin causa del empresario. (Ver LIMÓN LUQUE, M.A., “La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista del Trabajo*, nº. 99, 1990, GALLEGO MORALES, A.J., “Comentario al artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 1998, pg. 202, y ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000, pg. 210).

Por las mismas razones, dado que se trata de un supuesto de nulidad contractual, la sentencia que declare la nulidad de las actuaciones administrativas preparatorias o de la voluntad contractual del Ente contratante (por irregularidad o falta de dichas actuaciones) debe también declarar la nulidad del contrato laboral, produciéndose *ipso iure* las consecuencias jurídicas de dicha nulidad, sin que sea preciso acudir a la jurisdicción social para obtener otra sentencia que se limite a dar por extinguido el contrato laboral. Tales consecuencias jurídicas serán aplicadas por la Administración Pública o Ente contratante a la vista de la primera y única sentencia, procediendo a cesar al trabajador y a abonarle los haberes devengados por su trabajo (según el artículo 9.2 ET). Y todo ello del mismo modo en que, cuando un órgano judicial del orden contencioso-administrativo declara la nulidad de un contrato civil celebrado por una Administración Pública por haberse vulnerado las normas reguladoras de su preparación y adjudicación, no es preciso obtener otra sentencia en el orden civil que declare la nulidad del contrato civil.

Dado que existen discusiones doctrinales acerca de la cuestión, y que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo no sigue esta opción, es necesario que se modifique la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, incluyendo en el mismo la regulación expresa de la nulidad del contrato laboral en el Sector Público (al menos en todos los Entes con personalidad jurídico Pública), indicando expresamente que se produce la nulidad del contrato en los supuestos de nulidad del proceso selectivo y de contratación laboral para funciones reservadas al personal funcionario (sin perjuicio de la existencia de otros supuestos de nulidad del contrato laboral), así como recogiendo expresamente lo expuesto aquí sobre los efectos de la nulidad del contrato laboral en estos casos.

4.- LA CONTRATACIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En los últimos tiempos se ha producido una tendencia a llevar a cabo la externalización o descentralización productiva (outsourcing), que afecta a las formas de contratación, destacando dos fenómenos: la subcontratación, que plantea serios problemas especialmente en el caso de las empresas multiservicios⁹⁹⁷, y las empresas de trabajo temporal, que constituyen el máximo nivel de flexibilización de las formas de empleo⁹⁹⁸, siendo un supuesto de cesión de trabajadores legalmente autorizado. De las ETT se ha dicho que aportan ventajas importantes a las empresas, tales como una reducción del coste salarial, y el no cómputo de los trabajadores cedidos a efectos del ejercicio de los derechos

⁹⁹⁷ Que en muchas ocasiones constituyen auténticas subcontratas falsas que encubren verdaderos supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

⁹⁹⁸ MORENO VIDA, M^a.N., "Capítulo III. Las empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral: consolidación y expansión del modelo", en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, Dir., y Coord. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2011, pg. 420.

colectivos de representación de los trabajadores. Aunque debe destacarse que en los últimos tiempos se han producido reformas legislativas con el objetivo de igualar los derechos de los trabajadores de las ETT con los de los trabajadores de las empresas receptoras.

Fue la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal, la que introdujo la contratación de trabajadores a través de ETT, lo cual implica una estructura triangular, que se compone de un contrato laboral entre el trabajador y la ETT, por un lado, y un contrato mercantil de puesta a disposición entre la ETT y la empresa usuaria, por otro lado. Además, existe una tercera relación, aunque no es de tipo contractual, la relación entre el trabajador y la empresa usuaria, caracterizada porque ésta es la que ejerce el poder de dirección sobre el trabajador.⁹⁹⁹

La Ley 14/1994, sin embargo, no regulaba expresamente la posibilidad y casos en que las Administraciones Públicas podían recurrir a las ETT, por lo que, inicialmente, la doctrina se cuestionó la posibilidad de que aquéllas pudieran recurrir a las ETT. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, tampoco disponía nada expresamente. Así, no había reconocimiento legal expreso de esta posibilidad, pero tampoco existía una prohibición expresa.¹⁰⁰⁰

Posteriormente, la Ley 53/1999¹⁰⁰¹ modificó la Ley 13/1995, permitiendo a las Administraciones Públicas celebrar contratos administrativos de servicios con las ETT, pero solamente cuando se precisara "*la realización de encuestas, tomas de datos y otros servicios análogos*", y además con el requisito de que fuera "*con carácter eventual*"¹⁰⁰². El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, mantuvo esta misma regla en su artículo 196.3, y también la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en su Disposición Adicional 5ª, pero ampliando su aplicación a todo el Sector Público.¹⁰⁰³

⁹⁹⁹ DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal", *RL*, nº. 1, 2001.

¹⁰⁰⁰ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 352, y DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "Administraciones...", op.cit., pg. 18 y ss.

¹⁰⁰¹ Su Exposición de Motivos indicaba que "*se admiten, con ciertos límites, las figuras de los contratos con empresas de trabajo temporal, con lo cual se pretende dotar a las Administraciones Públicas de figuras y modalidades contractuales de normal utilización en el tráfico contractual privado*".

¹⁰⁰² Según RODRÍGUEZ ESCANCIANO, esta limitación obedecía a evitar la vulneración de los principios constitucionales de mérito y capacidad. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Externalización y empleo público...", op.cit., pg. 237).

¹⁰⁰³ Esta normativa administrativa planteó numerosas dudas. Así, la duda acerca del mecanismo jurídico exacto que articulaba la contratación de ETT por las Administraciones Públicas, ya que la legislación sobre contratos ubicaba la cuestión dentro del contrato administrativo de servicios. Parte de la doctrina entendió que la legislación sobre contratos

Además, la citada legislación establecía un plazo máximo de 6 meses a dichos contratos, y disponía su extinción al vencimiento sin posibilidad de prórroga (artículo 199.3 de la Ley 13/1995, artículo 198 del TRLCAP 2/2000 y Disposición Adicional 5ª LCSP 30/2007). Asimismo, impedía la consolidación en la Administración Pública de los empleados de las ETT si se superaba el citado plazo de 6 meses.¹⁰⁰⁴ Así lo señalaron las sucesivas leyes, disponiendo finalmente la Disposición Adicional 5ª de la Ley 30/2007 que *"en estos contratos, vencido su plazo de duración, no podrá producirse la consolidación como personal del ente, organismo o entidad contratante de las personas que, procedentes de las citadas empresas, realicen los trabajos que constituyan su objeto, sin que sea de aplicación lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal"*.¹⁰⁰⁵

La posibilidad de acudir a las ETT por parte de las Administraciones Públicas se vio adicionalmente restringida a través de la negociación colectiva con los trabajadores, destacando la Proposición no de Ley de 25 de marzo de 1998, aprobada por la Comisión de Política Social y Empleo del Congreso de los Diputados, sobre servicios a utilizar por los organismos públicos o dependientes de los mismos para dotarse de recursos humanos temporalmente, la cual establece

administrativos había transformado la naturaleza privada del contrato de puesta a disposición en un contrato administrativo de servicios. (Ver MAURI MAJÓS, J., *Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios*, Ponencia escrita, Barcelona, 2000).

¹⁰⁰⁴ La justificación de esta previsión parece ser la imposibilidad de que, debido a los principios de mérito y capacidad, en las Administraciones Públicas las infracciones de la legislación laboral puedan dar lugar a la consolidación como trabajador fijo. (QUINTANILLA NAVARRO, B., y MADRID YAGÜE, P., "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001).

No obstante, esta cuestión planteó dudas, especialmente en los casos en que el trabajador cedido realizaba tareas distintas a las previstas en el contrato de puesta a disposición, o se usaba la ETT en casos legalmente no permitidos. Un tratamiento de las cuestiones puede verse en DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "Administraciones...", op.cit., MOLINER TAMBORERO, G., "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV., *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Dir. MOLINER TAMBORERO, G., CGPJ, Madrid, 2000, pg. 106 y ss., PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal", *AL*, nº. 16, 2010, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad", en AA.VV., *I Congreso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Janeiro, 2012, pg. 269 y ss., y SERRANO OLIVARES, R., "Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspecto de Derecho Individual del Trabajo", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, MTAS, Madrid, 2001, pg. 967.

¹⁰⁰⁵ Dicho artículo 7.2 dispone que *"Si a la finalización del plazo de puesta a disposición el trabajador continuara prestando servicios en la empresa usuaria, se le considerará vinculado a la misma por un contrato indefinido"*.

que: *“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a que emita instrucciones a las Administraciones Central y Periférica del Estado, sus Organismos Autónomos, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social así como las empresas públicas y concertadas de unos y otras dependientes, a fin de que empleen los servicios del INEM para las contrataciones temporales de carácter estacional (becas, campañas contra incendios...) que debieran realizar, excluyéndose la utilización de Empresas de Trabajo Temporal”.*

En cumplimiento de la misma, los Convenios Colectivos suscritos para el personal laboral de la Administración General del Estado, desde el Convenio Colectivo Único suscrito el 16 de noviembre de 1998, hasta el III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Administración General del Estado, firmado el 31 de julio de 2009, han dispuesto que la Administración seguirá los criterios contenidos en la citada Proposición no de Ley, por lo que la contratación con ETT ha quedado proscrita en el ámbito de la Administración General del Estado. Incluso algunas Comunidades Autónomas dispusieron por ley la prohibición de acudir a las ETT. (Así, la Ley 15/1999, de 29 de diciembre, de medidas tributarias, financieras y administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón, y la Ley 27 de diciembre de 1999, de Presupuestos de la Comunidad de Madrid).

La situación ha cambiado drásticamente, debido a la Directiva comunitaria 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal, cuyo artículo 4.1 dispone que las restricciones o prohibiciones a la actuación de las ETT *“deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.* Y, a tales efectos, el artículo 4.2 señala que los Estados miembros *“revisarán las restricciones o prohibiciones establecidas al recurso a la cesión temporal de trabajadores a fin de comprobar si siguen estando justificadas por las razones expuestas en el apartado 1”*.¹⁰⁰⁶

Como consecuencia de ello, el Estado español dictó el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, que introdujo en la Ley 14/1994 una Disposición Adicional Cuarta según la cual *“a partir del 1 de enero de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, con la*

¹⁰⁰⁶ La Directiva no se orienta tanto a prohibir la continuidad de restricciones y prohibiciones como a garantizar su justificación por razones atinentes a la protección del interés general. (RAMOS QUINTANA, M., “Intermediación laboral y empresas de trabajo temporal en la reforma de 2010: la promoción de la intervención privada en el mercado de trabajo”, *RL*, nº. 2, 2011).

única excepción de lo establecido en esta ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”.

A pesar de dicha reforma legal, algunos autores entendían que la regulación restrictiva de la Ley de Contratos del Sector Público seguía vigente¹⁰⁰⁷, con base en varios argumentos:

- Así, se entendía que los principios reguladores del acceso al empleo público impedían entender eliminadas las prohibiciones establecidas en la Ley 30/2007.¹⁰⁰⁸
- El Real Decreto-Ley 10/2010 no derogaba de forma expresa de la Disposición Adicional 5.ª de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.
- Una interpretación literal de la citada Disposición Adicional 4ª de la Ley 14/1994 llegaría a la conclusión de que también quedaban derogadas las exclusiones del artículo 8 de la Ley 14/1994 (sustituir a trabajadores en huelga en la empresa usuaria, etc.).
- La especialidad de la Ley 30/2007.
- También se ha entendido que no parece que tal liberalización venga exigida por la Directiva 2088/104, que sólo se refiere a “empresas públicas”, ETT o empresas usuarias, que lleven a cabo una actividad económica, persigan fines lucrativos o no, de manera que no afectaría a las Administraciones Públicas, que no se rigen por criterios empresariales.¹⁰⁰⁹

Otros autores, sin embargo, entendieron que el tenor literal del citado Real Decreto-Ley 10/2010 era suficiente para entender derogadas las restricciones de la Ley de Contratos del Sector Público.¹⁰¹⁰ En todo caso, la Ley 35/2010 sí ha sido clara, al disponer lo siguiente:

¹⁰⁰⁷ GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., M., “Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición: su revisión tras el RDL 10/2010”, en AA.VV., *El empresario Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

¹⁰⁰⁸ Así CARRERO, C., y BLASCO, F.J. (“Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, en AA.VV., *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Dir. GARCÍA-PERROTE, I., y MERCADER, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 285 y ss.) y DE LA PUEBLA PINILLA, A., y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Reforma laboral 2010*, Memento Experto, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pg. 24 y ss.).

¹⁰⁰⁹ VIDA FERNÁNDEZ, R., “La contratación temporal en la Administración Pública”, en AA.VV., *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2010, pg. 412, y DE LA PUEBLA PINILLA, A., y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Reforma laboral 2010...*, op.cit., pgs. 24 y 25.

¹⁰¹⁰ GOERLICH PESET, J.Mª., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 211, PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La reforma laboral...”, op.cit., y RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La reforma del mercado de trabajo y el

“A partir del 1 de abril de 2011, se suprimen todas las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la celebración de contratos de puesta a disposición por las empresas de trabajo temporal, incluida la establecida en la Disposición adicional quinta de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con la única excepción de lo establecido en la presente Ley. A partir de esa fecha, las limitaciones o prohibiciones que puedan ser establecidas sólo serán válidas cuando se justifiquen por razones de interés general relativas a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y a evitar posibles abusos.

Antes de la fecha señalada en el párrafo anterior, previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecerá los criterios funcionales de aplicación de lo dispuesto en dicho párrafo en el ámbito de dichas Administraciones.

Las empresas de trabajo temporal no podrán realizar con las Administraciones Públicas contratos de puesta a disposición de trabajadores para la realización de tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”.

Además, la citada Disposición adicional 5ª de la Ley de Contratos del Sector Público ha quedado derogada por la Disposición Derogatoria única c) de la mencionada Ley 35/2010, con efectos desde 1 de abril de 2011. En definitiva, la reforma legal ha supuesto una auténtica ampliación del ámbito funcional de las ETT.¹⁰¹¹

Como consecuencia de la reforma legal de 2010, la doctrina ha señalado que las previsiones contenidas en los Convenios Colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas que impedían la contratación a través de ETT (como el artículo 36.10 del III Convenio Colectivo Único para el Personal Laboral de la Administración Central) de forma genérica o indeterminada, o sin justificación objetiva y razonada, devienen nulos por aplicación de la citada Directiva 2008/104CE¹⁰¹², y especialmente a partir del 1 de abril de 2011, según la legislación española.

Real Decreto –Ley 10/2010”, *RL*, nº. 2, 2010, y “La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010”, *Diario La Ley*, nº. 7441, 2010.

¹⁰¹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La versión 2010 de la reforma laboral permanente (La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)”, en AA.VV., *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 43.

¹⁰¹² VIDA FERNÁNDEZ, R., “La contratación temporal...”, op.cit., pg. 403, y MAURI MAJÓS, J., “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, *QDL*, nº. 26, 2011, y LÓPEZ BALAGUER, M., “Capítulo VII, Supuestos excluidos de utilización del contrato de puesta a disposición”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, Dir. MOLERO MARAÑÓN, Mª. L., y VALDÉS DAL-RE, F., La Ley, Madrid, 2009, pg. 274.

En particular, y por lo que interesa a esta tesis doctoral, la cuestión de la contratación de ETT por las Entidades del Sector Público plantea la duda de su compatibilidad con los principios constitucionales de mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público. A este respecto, la Directiva no tiene en cuenta los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en España en materia de acceso al empleo público, sino que, para establecer restricciones al uso de ETT, solamente prevé “razones de interés general relativas, sobre todo, a la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, a las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo o a la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos”. Además, mientras que la citada Directiva se refiere “sobre todo” a las tres razones expuestas, la Ley 35/2010 se refiere “solo” a esas tres razones, y no parece que ninguna de ellas tenga una clara relación con la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en España en materia de acceso al empleo público.

Gran parte de la doctrina viene señalando la posible inconstitucionalidad de la autorización legal para que las Administraciones Públicas acudan a las ETT, con base en que se estarían vulnerando los principios constitucionales de mérito y capacidad (artículos 23.2 y 103 CE)¹⁰¹³, y de publicidad.¹⁰¹⁴ También las organizaciones sindicales han destacado que el recurso a las ETT acabará sustituyendo las actuales bolsas de empleo.¹⁰¹⁵

¹⁰¹³ En este sentido, ver VIDA FERNÁNDEZ, R., “La contratación temporal...”, op.cit., pg. 413, TOSCANI GIMÉNEZ, D., “El nuevo marco legal de los servicios de colocación y empleo. Especial referencia a las agencias privadas de empleo y empresas de trabajo temporal tras la Reforma Laboral de 2010”, *RTSS*, nº. 335, 2011, LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Intermediación en el Mercado de Trabajo y Empresas de Trabajo Temporal en la reforma de 2010: sobre la violación de derechos fundamentales”, en AA.VV., *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Coord. BAYLOS GRAU, A., Bomarzo, Albacete, 2011, y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Contrato de trabajo y empresas de trabajo temporal*, Tesis Doctoral, 1998, pg. 236 y ss, y “La reforma laboral de 2010 en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal: un paso más en la retirada de lo público”, en AA.VV., *Las reformas laborales del 2010*, Coord. MORENO GENÉ, J., y SOLÉ PUIG, A., Huygens, Barcelona, pg. 48 y ss., y APILLUELO MARTÍN, M., “Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001, pg. 488.

¹⁰¹⁴ CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “La contratación a través de las empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública”, *RDS*, nº. 6, 1999, y LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Intermediación...”, op.cit., pg. 1 y ss.

¹⁰¹⁵ “Puntos más destacados de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo”, UGT Andalucía, http://www.fspjaen.es/descargas/polsin/101008_Pca_Resumen_Reforma_Laboral.pdf, y Comisiones Obreras, “Introducción de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en las diferentes Administraciones Públicas (AAPP) españolas tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que siguió al RD Ley 10/2010)”.

Y se concluye que la contratación de ETT en el Sector Público constituye “una vía espuria de acceso al empleo público” o “un subterfugio para sortear la aplicación de los principios de mérito y capacidad”¹⁰¹⁶, máxime si se tiene en cuenta que los trabajadores cedidos “aunque no adscritos como contratados directamente por la Administración, se equiparan en cuanto a condiciones de trabajo con el personal laboral de la misma, pero con el privilegio de que su contratación se ha llevado a cabo obviando el cumplimiento material de los principios constitucionales en la materia y del procedimiento legalmente exigible: es decir, (...) los principios rectores del acceso al empleo público —igualdad, mérito y capacidad”.¹⁰¹⁷

Además, como indican GARCÍA RUBIO y LÓPEZ BALAGUER¹⁰¹⁸, la normativa sobre ETT puede facilitar el acceso directo como personal laboral de la Administración Pública de los trabajadores cedidos, si se producen las irregularidades previstas en el artículo 7.2 de la Ley 14/1994, (que reconoce el derecho del trabajador a quedar vinculado a la empresa usuaria por un contrato indefinido cuando, producida la finalización del plazo de puesta a disposición, continúe prestando servicios en aquella), así como en los casos de aplicación del régimen del art. 43 ET por apreciación de cesión ilegal en los casos en que el contrato de puesta a disposición se utiliza en supuestos no permitidos ex artículo 6.2 de la Ley 14/1994, o prohibidos ex artículo 8 de la misma.

Y no solo eso, sino que existe el riesgo muy tangible de que los gobernantes convoquen procesos selectivos descafeinados de consolidación de empleo temporal que incluyan al personal indefinido no fijo, e incluso que convoquen procesos de funcionarización incluyendo a este personal. Buena prueba de este riesgo es el Proyecto de Real Decreto de 14 marzo 2011, para regular la celebración de contratos de puesta a disposición de las Administraciones Públicas con Empresas de Trabajo Temporal¹⁰¹⁹, que dispone que “*únicamente, en los supuestos en los que los procedimientos selectivos para personal laboral que convoquen las Administraciones Públicas incluyan una fase de concurso en la que se valore la experiencia profesional en una determinada actividad, con independencia del lugar o el empleador con el que se haya adquirido la misma, sí*

¹⁰¹⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público...”, op.cit., pg. 236.

¹⁰¹⁷ GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., M., “Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010”, *RL*, nº. 3, 2011, MOLINA NAVARRETE, C., “Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, nº. 328, 2010, y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y BLASCO DE LUNA, F.J., “Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010, pg. 332.

¹⁰¹⁸ GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., M., “Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010”, *RL*, nº. 3, 2011.

¹⁰¹⁹ <http://autonomica.cigadmon.org>

cabrá valorar, exclusivamente a estos efectos, el tiempo que el trabajador perteneciente a la empresa de trabajo temporal haya desempeñado su labor para la Administración Pública a través del contrato de puesta a disposición”.

Entendemos que, aunque la ETT sea seleccionada con respeto a las normas de selección de los contratistas, lo cierto es que el proceso de selección de un contratista diseñado en la legislación de contratos no tiene nada que ver con los procesos selectivos del personal de una Administración Pública. Y es que la propia ETT es la que selecciona los trabajadores, que son suyos, y la ley no le obliga a hacerlo con procedimientos reglados regidos por los principios de igualdad, mérito y capacidad.¹⁰²⁰

Por otro lado, también existen autores que entienden que la contratación a través de ETT no vulnera los citados principios de mérito y capacidad, debido a que los trabajadores de la ETT no se incorporan a la Administración Pública usuaria de la ETT.¹⁰²¹

Ciertamente, los trabajadores de la ETT no adquieren un vínculo jurídico directo con la Administración Pública o Ente del Sector Público usuario de la ETT, es decir, no son personal laboral de dicha Administración Pública o Ente, ni, por supuesto, personal funcionario, sino que su vínculo jurídico es un contrato laboral con la ETT. El razonamiento, en realidad, es el mismo que procede en el caso de los restantes contratos administrativos, tales como los de obras, servicios, concesiones administrativas de servicios, en los que nadie discute que el personal de las empresas contratistas no lo es de la Administración Pública contratante, sino de la empresa contratista adjudicataria del contrato administrativo.

Pero en los contratos administrativos que la Administración Pública suscribe con contratistas distintos de la ETT, la empresa contratista realiza una prestación tal como una obra, un servicio, etc., mientras que en el caso de la contratación con una ETT, el servicio que ésta presta es solamente la mera cesión de trabajadores. En el caso de los contratos de servicios con empresas que sí tienen medios materiales y personales propios, o que acuden a la subcontratación, lo cierto es que siempre existe una empresa distinta de la Administración Pública, que ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores, de manera que la

¹⁰²⁰ CHACARTEGUI JÁVEGA, D., "La reforma laboral de 2010...", op.cit., pg. 48 y ss., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El fenòmen de la successió empresarial en l'administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010, pg. 61.

¹⁰²¹ Así, CRUZ VILLALÓN, P., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., "Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos", *RDS*, nº. 3, 1998, pg. 58, BENAVENTE TORRES, M^a. I, "La reforma de las empresas de trabajo temporal por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *RGDTSS*, nº. 26, 2011, DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "Administraciones...", op.cit., PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La reforma laboral...", op.cit., y DE MIGUEL PAJUELO, F., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A., Bosch, Barcelona, 2009, pg. 2.761.

Administración recibe el servicio (limpieza, servicios informáticos, seguridad y vigilancia, etc.) sin dar instrucciones a los trabajadores ni ejercer dicho poder de dirección. En cambio, cuando la Administración Pública acude a la ETT, sí ejerce dicho poder de dirección sobre los trabajadores. Así, el artículo 6 de la Ley 14/1994 dispone expresamente que *"el contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquél"*.

Es cierto que los trabajadores de una ETT no son personal laboral ni funcionario de las Administraciones Públicas, pues no tienen un vínculo jurídico directo con éstas. Pero la Administración Pública usuaria de la ETT tiene sobre ellos el poder de dirección, de manera que éstos realizan su prestación laboral como si el empresario fuese la Administración Pública. Es más, de acuerdo con la legislación sobre ETT, sus condiciones laborales se equiparan a las de los trabajadores de la empresa usuaria.

La cuestión radica en lo siguiente: nadie parece apreciar problemas en que una Administración Pública externalice un servicio con una empresa de servicios. Por ejemplo, cuando una Administración Pública contrata el servicio de limpieza, el de seguridad y vigilancia o servicios informáticos con empresas de servicio, no se entiende que esté eludiendo los procesos selectivos de contratación de empleados públicos, porque los trabajadores son de la empresa contratista, no de la Administración Pública. Asimismo, tampoco se plantean problemas de mérito y capacidad respecto de la selección del personal de las empresas concesionarias, las cuales prestan servicios públicos que son de titularidad de una Administración Pública, pero que ésta presta de forma indirecta a través de empresas concesionarias.

Pero el caso es distinto si la Administración Pública acude a una ETT, porque se da un elemento adicional, que es el ejercicio del poder de dirección por la Administración, ésta es la que dispone de los medios materiales y de organización para realizar las tareas, servicios y funciones de que se trate, es decir, la organización empresarial, y, finalmente, las condiciones de los trabajadores de la ETT se van a equiparar a las condiciones de los trabajadores de la Administración Pública receptora.

Por tanto, no se trata de externalizar un servicio, en el sentido de que éste sea prestado por una empresa que cuenta con una estructura organizativa empresarial, comprensiva de medios materiales y humanos, y que por tanto realiza una actividad de obra o de servicio (limpieza, seguridad y vigilancia, servicios sanitarios, transporte público), sino que, en el caso de las ETT, la Administración Pública recibe la misma prestación que recibiría si el trabajador fuese suyo: una prestación laboral, bajo régimen de dependencia y ajeneidad, con ejercicio del poder de dirección. Cabe preguntarse, pues, qué diferencia hay entre el trabajador de una ETT cedido a una Administración Pública y los funcionarios interinos y

trabajadores temporales de ésta última. Por ello, la utilización de las ETT por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público es contraria a dichos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y, en consecuencia, cualquier ley que autorice dicha utilización es inconstitucional.

Y no se trata de evitar la comisión de un fraude. A este respecto, señala MOLINER TAMBORERO¹⁰²² que “nadie duda de lo fácil que sería para cualquier Administración elegir la ETT que más le interesara en función de los trabajadores que se quisieran contratar con criterios subjetivos, con lo que volvería a quebrar el sistema”. Esta no es la cuestión, porque este resultado espúreo también podría conseguirse creando una empresa prestadora de servicios (limpieza, seguridad y vigilancia, servicios informáticos, etc.) y manipulando los criterios de selección para la adjudicación del contrato.

Se trata de que las ETT no son una empresa que presta un servicio distinto de la mera cesión de personal. Y entendemos que, bajo el poder de dirección de las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, sólo pueden prestar servicios personas seleccionadas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Una vez concluido que no cabe la utilización de ETT por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, ya no tiene sentido entrar a analizar los problemas interpretativos de la Ley 35/2010. Sin embargo, efectuaremos una breve referencia a los mismos, dado que el legislador ha optado por admitir la utilización de las ETT en este ámbito.

Al respecto, se ha señalado que la Ley 35/2010 no alude al personal estatutario de los servicios de salud. Dado que la legislación existente no prohíbe expresamente esta posibilidad, puede admitirse.¹⁰²³ Ahora bien, por motivos de seguridad y salud es limitada la utilización de ETT cuando estemos en presencia de radiaciones ionizantes, agentes cancerígenos o biológicos, en los términos de la nueva Disposición Adicional 2.^a de la Ley 14/1994.¹⁰²⁴

La nueva legislación excluye de la contratación con ETT las *“tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”*. Como ha señalado la doctrina, la prohibición se refiere a “tareas” y no a Cuerpos específicos de funcionarios (lo que puede generar dudas interpretativas)¹⁰²⁵, ni a puestos de trabajo determinados. A juicio de PÉREZ DE LOS COBOS, en la

¹⁰²² MOLINER TAMBORERO, G., “La contratación...”, op.cit., pg. 104.

¹⁰²³ En esta línea, RODRÍGUEZ ESCANCIANO entiende que, al quedar solamente excluidas del recurso a las ETT las funciones reservadas al personal funcionario, ello quiere decir, *a sensu contrario*, que no está excluido el personal estatutario. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público”, RTSS, CEF, nº. 334, 2011).

¹⁰²⁴ CALDERÓN PASTOR, J., “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, *Información laboral. Jurisprudencia*, nº. 8, 2010.

¹⁰²⁵ Op.cit.

determinación del ámbito de actuación de las ETT van a jugar un papel muy importante las relaciones de puesto de trabajo (RPT), donde las Administraciones Públicas terminan concretando (de acuerdo con la ley) los puestos adscritos a personal funcionario y laboral respectivamente. Y concluye el mencionado autor que “los puestos que la relación defina como funcionariales no podrán ser objeto de contratos de puesta a disposición, pero tampoco aquellos que, de acuerdo con lo previsto con el art. 11 del Estatuto Básico del Empleado Público, se definan como laborales indefinidos, solo los que en las relaciones de puestos de trabajo se califiquen como temporales podrán ser objeto de cobertura a través de contratos de puesta a disposición”.¹⁰²⁶

Aunque también se ha entendido que las Administraciones Públicas no podrían contratar con ETT las funciones “correspondientes a aquellas vacantes de carácter laboral recogidas en las relaciones de puestos de trabajo, las cuales deben producirse mediante una contratación directa de la Administración Pública. Y que tampoco se podrá recurrir a las ETT cuando se trate de contrataciones derivadas de subvenciones, vengan del ámbito europeo, estatal o autonómico, cuya finalidad sea el reclutamiento de trabajadores subrepresentados o con especiales problemas de integración”.¹⁰²⁷

En todo caso, debe destacarse que la reserva de funciones a favor del personal funcionario, que constituye el límite al empleo de las ETT, no está exhaustivamente detallada a nivel de ley, puesto que el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público solamente dispone que “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. No es posible en esta tesis doctoral afrontar el estudio profundo de cuáles son esas funciones, pero sí debe señalarse que esta cuestión es primordial para definir el modelo de empleo público realmente vigente en España y en cada Administración Pública.

En definitiva, como indica MARÍN ALONSO¹⁰²⁸, la posibilidad de acudir a las ETT será mayor o menor en función de cada ley de Función Pública y de la interpretación amplia o restrictiva que de los anteriores términos se deduzca con carácter general, pues el legislador hace depender de esta cuestión el ámbito funcional de las ETT.

¹⁰²⁶ PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal”, *AL*, nº. 16, 2010.

¹⁰²⁷ Comisiones Obreras, “Introducción de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en las diferentes Administraciones Públicas (AAPP) españolas tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que siguió al RD Ley 10/2010)”.

¹⁰²⁸ MARÍN ALONSO, I., “Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010”, *RL*, nº. 22/2011.

Finalmente, debe indicarse que la Ley 35/2010 dispuso que antes del 1 de abril de 2011, y previa negociación en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, el Gobierno establecería los criterios funcionales para aplicar las limitaciones o prohibiciones actualmente vigentes para la contratación de ETT por las Administraciones Públicas. Sin embargo, el plazo marcado por la Ley 35/2010 ha transcurrido sin que se hayan fijado dichos criterios, por lo que "cabe considerar, bien que la ausencia de criterios funcional impedirá hacer celebrar contratos de puesta a disposición, o bien que eliminadas las restricciones el terreno está abierto para el uso de las ETT por parte de las diferentes Administraciones".¹⁰²⁹

Se ha entendido que la fijación de los citados criterios funcionales se referirá a la fijación de las limitaciones o prohibiciones a su uso fundadas en las razones comunes de protección de los trabajadores cedidos, necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado, evitación de posibles abusos y, fundamentalmente, en el interés general.¹⁰³⁰

Puede mencionarse que existe Proyecto de Real Decreto de 14 marzo 2011, para regular la celebración de contratos de puesta a disposición de las Administraciones Públicas con Empresas de Trabajo Temporal, que resulta bastante restrictivo y limitativo de las posibilidades de contratación con ETT, puesto que:

- Restringe el uso de las ETT a los supuestos previstos en el artículo 15.1.b) ET.
- Exige que *“el mayor volumen temporal de tareas suponga un exceso o acumulación que no pueda ser atendido con suficiencia por el personal propio que tenga asignadas dichas tareas, y siempre y cuando no sea posible solventar esta necesidad de personal a través de los distintos procedimientos de movilidad de recursos humanos que resulten de aplicación; o de acuerdo con las circunstancias que concurran en cada caso, no proceda acudir a la utilización de los procedimientos que estén previstos en cada Administración para la cobertura temporal de necesidades de personal”*.
- Y debe tratarse exclusivamente de actuaciones puntuales de conservación de edificios, mantenimiento y reparación de maquinaria y equipos, obtención de datos para la elaboración estudios y encuestas de la opinión pública, y transporte, porteo y análogos.

Este Proyecto sigue una orientación claramente restrictiva del uso de las ETT, ya que las limita a tareas no intelectuales, y parece seguir la línea ya

¹⁰²⁹ GARCÍA ROMERO, B., "Intermediación laboral: la ampliación del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo", en AA.VV., *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011*, pg. 16. De la segunda opinión es PÉREZ DE LOS COBOS, F., "La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal", *AL*, nº. 16, 2010.

¹⁰³⁰ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público", *RTSS, CEF*, nº. 334, 2011.

propuesta por RAMOS MORAGUES¹⁰³¹, quien señalaba que a través de la negociación en la Mesa general de Negociación de las Administraciones Públicas podría optarse por prohibir totalmente el recurso a las ETT, o bien limitarlo a casos muy limitados, entendiendo el citado autor que ambas opciones son compatibles con la Directiva 2008/104/CE, que permite a los Estados introducir prohibiciones o limitaciones para garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y evitar abusos.

5.- LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD Y LA EXTERNALIZACIÓN

En el contexto actual de crisis económico-financiera y de reducción del gasto público, las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público español recurren a la externalización de servicios (especialmente aquellos que incorporan elevados niveles de tecnificación, como las nuevas tecnologías de la información, TIC), mediante la celebración de contratos con proveedores especializados.¹⁰³² Empleamos aquí el término externalización en el sentido de “transferencia de una actividad pública a una organización especializada mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo”.¹⁰³³

En el momento en que tareas que venían siendo realizadas directamente por las Administraciones Públicas (y otros Entes del Sector Público) son atribuidas a empresarios particulares, el personal que realiza dichas tareas es el personal propio de las empresas adjudicatarias del contrato de servicios, el cual, obviamente, no es seleccionado de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por tanto, cabe plantearse si la externalización de servicios puede constituir un fraude o vulneración de dichos principios constitucionales, en la medida en que tareas propias del Sector Público o incluso servicios públicos son externalizados y pasan a ser prestados mediante personal no seleccionado de conformidad con dichos principios.

Entendemos que la externalización de servicios es una opción legítima, prevista en la legislación de contratos, y que, por tanto, no implica ningún fraude a tales principios de igualdad, mérito y capacidad. En efecto, el personal que ha de ser seleccionado de acuerdo con dichos principios es el personal laboral de la

¹⁰³¹ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 362.

¹⁰³² ÁLVAREZ ARDERIUS, L., “Auditoría externa de contratos de servicios externalizados en el ámbito del sector público. Una visión operativa”, *Auditoría Pública*, nº. 59, 2013.

¹⁰³³ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público...”, op.cit., pg. 270 y ss. CANTERO MARTÍNEZ aprecia externalización “cuando la Administración encarga a un sujeto privado la prestación de servicios o la realización de actividades que forman parte de la actividad administrativa o, si se prefiere, de lo que se ha denominado como giro tráfico administrativo. (CANTERO MARTÍNEZ, J., “La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?”, *DA*, nº. 286-287, 2010).

propia Administración Pública (o Ente del Sector Público de que se trate). Y la Administración Pública (o Ente del Sector Público de que se trate) puede decidir discrecionalmente si realiza las funciones o presta los servicios públicos con personal propio o a través de empresas con las que suscribe contratos de servicios.

Ahora bien, la cuestión radica en determinar cuáles son los límites de la externalización de servicios. Y, a este respecto, la misma cuenta con un límite infranqueable, que es la prohibición de contratar actividades que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Así lo establece expresamente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 275.1, para el contrato de gestión de servicio público, y en su artículo 301.1, para el contrato de servicios.

Asimismo, el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece una reserva de funciones a favor del personal funcionario, al disponer que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. Incluso la nueva Disposición Adicional 2ª de la Ley 14/1994, excluye de la contratación con ETT las *“tareas que, por una norma con rango de Ley, estén reservadas a los funcionarios públicos”*. Por tanto, la celebración de contratos administrativos en estos supuestos no es posible, constituyendo éstos los límites de la externalización de servicios en el Sector Público.

No es posible profundizar en el presente trabajo¹⁰³⁴ acerca de la delimitación exacta y concreta en cada caso de cuáles sean esas funciones reservadas al personal funcionario, pero sí debemos destacar que el citado artículo 9.2 EBEP plantea numerosos problemas de interpretación y es lo suficientemente inconcreto como para que los legisladores autonómicos adopten posturas distintas, más tendentes a la reserva de funciones, o más restrictivas.

Por otro lado, debe hacerse mención a las Instrucciones de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, de 28 de diciembre de 2012, que establecen que se evitará *“el recurso, como primera medida, a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate”*. Esta perspectiva limita más las posibilidades de externalización, pues no se trataría ya sólo de las funciones de autoridad o

¹⁰³⁴ Ver en todo caso lo expuesto en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral.

reservadas al personal funcionario por ley, sino de las burocráticas administrativas en general.

En esta misma línea, puede destacarse el Informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 13 de julio de 2010, relativo a la posibilidad de celebrar un contrato de servicios cuyo objeto es el apoyo y asesoramiento jurídico al Director General del Suelo en todas las materias que resulten de la actividad de los Consorcios Urbanísticos en los que la Comunidad de Madrid participa como ente consorciado. A juicio de la citada Intervención, dicho objeto “forma parte de los cometidos competenciales que, en virtud de la estructura organizativa y de distribución de competencias de la Comunidad de Madrid, tiene atribuidos a la Dirección General del Suelo, no procediendo, en consecuencia, su contratación a través de un contrato administrativo de servicios. De ser imprescindible esta contratación para ejecutar los fines encomendados, por el responsable del Centro Directivo deberán iniciarse los trámites oportunos para proceder a la ampliación y/o modificación de la Plantilla de Personal de la Dirección General”.

En todo caso, y a efectos de esta tesis doctoral, lo que interesa destacar es que, en aquellos casos en que la externalización sea posible, por respetar los límites constitucionales y legales expuestos, no puede apreciarse vulneración de los principios constitucionales de selección de empleados públicos, porque no son funciones atribuidas en exclusiva a los mismos y, por tanto, pueden ser tareas desempeñadas por empresas privadas a través de su personal laboral propio.

6.- CONCLUSIONES

Como ya se ha indicado, el principio de igualdad (también derecho fundamental) del artículo 14 de la Constitución impone la aplicación de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público laboral. El vigente Estatuto Básico del Empleado Público, en su artículo 55, declara también aplicable al personal laboral los principios constitucionales y los principios que en el mismo se señalan. Sin embargo, como ha demostrado la práctica, no es suficiente con consagrar expresamente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad¹⁰³⁵, sino que, para hacerlos efectivos, es preciso el establecimiento de una serie de mecanismos concretos y detallados.

Y es aquí donde la normativa de selección del personal laboral presenta serias deficiencias, a nuestro juicio, porque tales mecanismos y garantías son menores en el ámbito laboral. Así, el propio EBEP, en el caso del personal laboral, admite sin reservas el sistema de concurso de méritos, sin otorgar preferencia a los otros dos sistemas de selección, mientras que en el caso de los funcionarios, el

¹⁰³⁵ Ver también BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 212.

concurso de méritos requiere una ley y además, carácter excepcional. La mayoría de la doctrina critica esta distinta regulación por carecer de fundamento racional. La normativa reglamentaria aplicable a la Administración General del Estado también presenta diferencias de trato injustificadas, y, en particular, el artículo 30 del Real Decreto 364/1995 no satisface las exigencias de los principios de especialidad técnica e imparcialidad de los órganos de selección.

El menor rigor de la normativa reguladora del acceso al empleo público laboral ha provocado la utilización del vínculo laboral con el objetivo de eludir los procesos selectivos más rigurosos del personal funcionario. El fraude es mayor además cuando a continuación se utilizan los procesos de funcionarización de este personal laboral.

Siguiendo a la doctrina mayoritaria antes expuesta, procede eliminar las diferencias normativas establecidas entre el personal laboral fijo y el funcionario, de modo que a ambas clases de personal se apliquen las mismas reglas sobre el proceso selectivo. Ello determina que al personal laboral fijo le resulte aplicable todo lo expuesto en la presente tesis doctoral sobre sistemas de selección (Capítulo 3), órganos de selección (Capítulo 4), cobertura de puestos (Capítulo 6) y garantías procedimentales y transparencia (Capítulo 7).

En cuanto al papel del convenio colectivo en la regulación de los procesos selectivos del personal laboral fijo, ya se indicó en el Capítulo 2 de esta tesis que los sindicatos y los representantes de los trabajadores y funcionarios no parecen ostentar interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral como funcional. Y que, por tanto, es imprescindible una reforma legal que sustraiga al ámbito de la negociación con los sindicatos los procesos selectivos, tanto de funcionarios como de laborales, así como las decisiones sobre Ofertas de empleo público y convocatorias de procesos selectivos. Lo expuesto determina que los convenios colectivos no tienen cabida en el ámbito de la regulación del acceso al empleo público.

Por otro lado, se ha discutido sobre los efectos que tienen en el contrato laboral las infracciones de la normativa sobre acceso al empleo público. En primer lugar, parte de la doctrina viene señalando la nulidad de la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente relación de puestos de trabajo.

Sin embargo, existen leyes autonómicas que admiten la contratación de personal laboral temporal en algunos casos para desempeñar funciones reservadas al personal funcionario. Debe entenderse, sin embargo, que estas leyes, en la medida en que atribuyan al personal laboral las funciones reservadas al personal funcionario por el artículo 9.2 EBEP, son inconstitucionales por vulnerar la legislación básica estatal.

En segundo lugar, se ha discutido sobre los efectos derivados de la declaración de nulidad del contrato laboral por infracción de la normativa sobre

acceso al empleo público (por ejemplo, en caso de nulidad del proceso selectivo), cuestión sobre la que el EBEP guarda silencio. Pero en realidad se trata de aplicar la teoría de los actos separables, según la cual la fase de preparación y selección del contrato se rige por el Derecho Administrativo, mientras que la fase de los efectos y extinción del contrato, si es privado, se rigen por el Derecho Privado y, en el caso del contrato laboral, por el Derecho Laboral. Esta doctrina ha sido reconocida por la jurisprudencia en el ámbito del contrato laboral, pero debería ser expresamente reconocida por la ley estatal.

La mayor dificultad se ha planteado a la hora de determinar de qué forma exacta se pone fin a la relación laboral una vez que se declara la nulidad de la contratación. El Tribunal Supremo ha optado por la tesis de la extinción contractual, entendiendo que, una vez declarada la nulidad del proceso selectivo, debe acordarse la extinción del contrato de trabajo mediante alguno de los supuestos extintivos del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores. En particular entiende que se trata de un despido por fuerza mayor por entender que la imposibilidad de prestar el trabajo proviene de un acto de autoridad o *factum principis*, que sería la resolución judicial que anula el proceso selectivo.

No obstante, existen sólidos argumentos que avalan la teoría de la nulidad contractual, con fundamento en el artículo 64 de la Ley 30/1992, del que resulta que la nulidad de un acto provoca la de los sucesivos que traen causa de él, siendo aplicable la teoría de los actos separables. Además, el contrato laboral es nulo porque no existe consentimiento válidamente prestado por el empresario, ya que la Administración contratante no ha seguido el procedimiento legalmente establecido para formar dicho consentimiento.

Y también es nulo por haberse vulnerado el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad al empleo público laboral, al vulnerarse las normas sobre procesos selectivos. Además de lo expuesto, debe destacarse que la situación de un trabajador contratado en virtud de un procedimiento de selección anulado es la misma que la del personal funcionario nombrado en esa situación, cuyo nombramiento se considera nulo.

Por todo lo expuesto, concluimos que procede reconocer la corrección de la teoría de la nulidad, frente a la teoría de la extinción, de manera que no procede indemnización fundamentada en la extinción de contrato laboral en virtud de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sino solamente el percibo de las retribuciones devengadas por el trabajo efectivamente prestado (de acuerdo con el artículo 9.2 ET) y la indemnización que corresponda por los daños efectivamente causados a la persona afectada.

Además, por tratarse de un caso de nulidad contractual, la sentencia que declare la nulidad de las actuaciones administrativas preparatorias o de la voluntad contractual del Ente contratante (por irregularidad o falta de dichas actuaciones) debería también declarar la nulidad del contrato laboral, produciéndose *ipso iure* las consecuencias jurídicas de dicha nulidad, sin que sea preciso acudir a la

jurisdicción social para obtener otra sentencia que se limite a dar por extinguido el contrato laboral.

Dado que existen discusiones doctrinales acerca de la cuestión, y que la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo no sigue esta opción, concluimos que es necesario que se modifique la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, incluyendo en el mismo la regulación expresa de la nulidad del contrato laboral en el Sector Público (al menos en todos los Entes con personalidad jurídica Pública), indicando expresamente que se produce la nulidad del contrato en los supuestos de nulidad del proceso selectivo y de contratación laboral para funciones reservadas al personal funcionario (sin perjuicio de la existencia de otros supuestos de nulidad del contrato laboral), así como recogiendo expresamente lo expuesto aquí sobre los efectos de la nulidad del contrato laboral en estos casos.

En cuanto se refiere a la contratación de Empresas de Trabajo Temporal por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha pasado a permitir el recurso a dichas empresas con carácter general, eliminando las restricciones que se contenían en la legislación sobre contratos del Sector Público, exceptuando sólo la posibilidad de contratar en caso de funciones reservadas por ley al personal funcionario.

Entendemos que la contratación de ETT es contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público, y ello aunque los trabajadores cedidos continúen teniendo su contrato laboral con la ETT y no directamente con la Administración Pública. En efecto, en los contratos administrativos de servicios, la empresa contratista realiza un servicio (limpieza, vigilancia, etc.), y es una organización empresarial con medios materiales y humanos para realizar dicho servicio, así como ostenta el poder de dirección sobre los trabajadores, de manera que la Administración recibe el servicio (limpieza, servicios informáticos, seguridad y vigilancia, etc.) sin dar instrucciones a los trabajadores ni ejercer dicho poder de dirección.

En cambio, cuando la Administración Pública acude a la ETT, el servicio que ésta presta es una mera cesión de trabajadores, y es la Administración Pública quien ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores, tiene la organización de medios necesaria para realizar la tarea de que se trate, y los trabajadores de la ETT cedidos equiparan sus condiciones laborales a las del personal laboral de la Administración Pública. Por tanto, se diluyen las diferencias entre los trabajadores cedidos y el personal laboral temporal propio de la Administración Pública. Por ello, la utilización de las ETT por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público es contraria a dichos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y, en consecuencia, cualquier ley que autorice dicha utilización es inconstitucional.

Finalmente, debemos aludir al fenómeno cada vez más creciente de externalización de servicios (de carácter interno o bien servicios públicos) por parte

del Sector Público. A este respecto, debe indicarse simplemente que, cuando la externalización sea posible por respetar los límites legales que le vienen impuestos (límites estos que al menos están integrados por la reserva de funciones al personal funcionario y la prohibición de contratar funciones en que se ejercite autoridad), en tal caso no entendemos que se vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que la Administración Pública o Ente del Sector Público puede optar discrecionalmente por realizar el servicio con su propio personal o bien contratarlo con un tercero. Y en este caso, los trabajadores de la empresa contratista no son empleados de la Administración Pública o Ente contratante.

CAPÍTULO 6

Garantías para la cobertura de las necesidades permanentes mediante personal funcionario y laboral fijo

SUMARIO:

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO
 - 2.1.- Introducción
 - 2.2.- La relación de puestos de trabajo
 - 2.3.- La Oferta de empleo público
- 3.- FORMAS IRREGULARES DE ELUDIR LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA Y LABORAL FIJO
 - 3.1.- La excesiva temporalidad en el empleo público
 - 3.1.1.- El problema de la excesiva temporalidad en el empleo público
 - 3.1.2.- Regulación de las relaciones temporales de empleo público en la legislación básica o exclusiva del Estado
 - 3.2.- El personal eventual
 - 3.2.1.- Concepto y características
 - 3.2.2.- Excesivo número y nombramiento para funciones que no corresponden al personal eventual
 - 3.3.- Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario
 - 3.3.1.- La evolución de la contratación administrativa de personal por las Administraciones Públicas
 - 3.3.2.- La contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral
 - 3.3.3.- La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario
 - 3.3.4.- Supuestos en que relaciones de ajeneidad y dependencia son expresamente calificadas como contratación administrativa por la ley
 - 3.3.5.- El uso fraudulento de sociedades mercantiles
- 4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1.- INTRODUCCIÓN

En los anteriores Capítulos de esta tesis doctoral se han analizado los sistemas selectivos y los órganos de selección, pero el respeto al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad implica también que las necesidades permanentes o estructurales de personal deben ser cubiertas por personal funcionario y laboral seleccionado mediante los procedimientos selectivos legalmente establecidos a tales efectos.¹⁰³⁶ En este sentido, de poco sirve disponer de sistemas de selección y órganos de selección adecuadamente regulados para seleccionar personal laboral y funcionario, si las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público pueden decidir utilizar otro tipo de personal, eludiendo estos sistemas y órganos de selección.

La relación de puestos de trabajo y la Oferta de empleo público son dos herramientas imprescindibles para garantizar la racionalidad de las estructuras de empleo público y contribuyen a la salvaguarda del citado derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, porque permiten diseñar y conocer qué puestos de trabajo tienen las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público, con qué tipo de personal los cubren y si se ofertan para su cobertura mediante publicidad y libre concurrencia.¹⁰³⁷

Dado que las necesidades permanentes de personal deben cubrirse por el personal legalmente previsto a tal efecto, que es el personal laboral fijo y funcionario de carrera, la RPT deberá ser modificada cuando tales necesidades superen a lo previsto en la misma. Sin embargo, en muchos casos se opta por contratar personal temporal para necesidades estructurales. En este sentido, una de las mayores lacras del empleo público en España ha sido el excesivo volumen de empleados públicos temporales, situación que ha desencadenado la tramitación de procesos de consolidación de empleo temporal que en muchos casos no han sido respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad. En el presente Capítulo se analizan las medidas necesarias para evitar la generación de nuevas bolsas de empleo precario más allá de lo estrictamente necesario.

Además, la cobertura de necesidades permanentes de forma irregular también se produce mediante otras vías, como el empleo de personal eventual y de contratados administrativos para realizar estas funciones fuera de los casos en que la legislación vigente autoriza la utilización de estas vías, lo cual supone una lesión del citado derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE. En efecto, el ejercicio de las funciones reservadas por ley al personal funcionario y laboral es atribuido a eventuales y contratados administrativos, en lugar de ofertar a la

¹⁰³⁶ Ya se ha indicado que no es objeto del presente trabajo de investigación el acceso al empleo público temporal.

¹⁰³⁷ Salvo el personal eventual, que no responde a esos dos principios de convocatoria pública y libre concurrencia, debido a que su selección no se fundamenta en los criterios de mérito y capacidad.

ciudadanía los puestos de personal funcionario y laboral de la RPT vacantes, o, en su caso, crear dichos puestos en la RPT y ofertarlos igualmente. Así, los ciudadanos interesados se ven imposibilitados para ejercer su derecho a concurrir a los procesos selectivos para cubrir plazas de funcionario y laboral fijo, mientras que las funciones correspondientes a estos dos tipos de personal son ejercidas por personas no seleccionadas a través de dichos procesos selectivos (eventuales y contratados administrativos).

Por tanto, en el presente Capítulo se analizan, en primer lugar, la relación de puestos de trabajo y la Oferta de empleo público, que constituyen presupuestos necesarios para controlar qué puestos de trabajo existen en cada Administración Pública y con qué tipo de personal se cubren, a los efectos de que se tramiten los procesos selectivos previstos por la ley para cubrir las necesidades permanentes de personal en el Sector Público. Y, en segundo lugar, se analizan las vías fraudulentas o irregulares, a través de las cuales se sustrae el ejercicio de las funciones que les son propias al personal funcionario de carrera y laboral fijo, mediante los siguientes mecanismos irregulares:

- Uso del empleo público temporal y precario para cubrir necesidades permanentes.
- Uso del personal eventual para ejercer funciones propias del personal funcionario y laboral.
- Uso de los contratos administrativos de servicios con personas físicas encubriendo relaciones laborales.

2.- LOS PRESUPUESTOS DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN: LA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y LA OFERTA DE EMPLEO PÚBLICO

2.1.- Introducción

Como indica VIVERO SERRANO¹⁰³⁸, el procedimiento selectivo de los empleados públicos en sentido estricto (que se inicia con la convocatoria de dicho procedimiento selectivo concreto) va acompañado de una serie de actuaciones previas determinantes para el ejercicio del derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, y que básicamente son que las plazas vacantes figuren en la relación de puestos de trabajo de la Administración o Ente Público de que se trate, que sean dotadas presupuestariamente y que sean incluidas en la Oferta

¹⁰³⁸ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 85.

anual de empleo público.¹⁰³⁹ Por tanto, la tramitación de los procedimientos selectivos requiere la previa tramitación de las tres fases siguientes:

1.- Elaboración de la relación de puestos de trabajo (RPT): la relación de puestos de trabajo es el primer presupuesto necesario para poder convocar procesos selectivos. Si los puestos no figuran en la RPT, no existen, por lo que no pueden ser convocados.

2.- Aprobación de la plantilla presupuestaria: el segundo paso previo pero necesario para el proceso selectivo, es que las plazas vacantes de la RPT sean dotadas presupuestariamente mediante su inclusión en la plantilla anexa al Presupuesto.¹⁰⁴⁰ Por tanto, la RPT es la plantilla ideal y la plantilla es la plantilla real, al consistir en el documento presupuestario que refleja las plazas de la RPT que están dotadas presupuestariamente para el ejercicio correspondiente.¹⁰⁴¹ En esta línea, señala VILLANUEVA PUERTOLLANO¹⁰⁴² que la plantilla es un elemento de carácter económico, que muestra la situación del personal en un momento determinado y la relación de puestos de trabajo es una herramienta de gestión que nos permite sentar las bases para la ordenación de los recursos humanos de la Corporación.

3.- Aprobación de la Oferta de empleo público (OEP): el tercer paso para poder tramitar un proceso selectivo es que las plazas vacantes dotadas presupuestariamente sean incluidas en la correspondiente Oferta de empleo público.

Debido a los numerosos incumplimientos de estas fases por parte de las Administraciones Públicas, especialmente los Entes Locales, sería muy conveniente que el EBEP recogiera en una norma de máxima claridad la necesidad de tramitar estos tres pasos para poder convocar cualquier procedimiento selectivo de personal funcionario o laboral fijo. A continuación se analiza con más detalle lo relativo a la relación de puestos de trabajo y a la Oferta de empleo público.

¹⁰³⁹ Ver MOLERO MARAÑÓN, M^a.L., *Acceso y clasificación...*, op.cit., pg. 27 y ss., y CORDERO SAAVEDRA, L., *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003, pg. 84 y ss.

ESCUÍN PALOP, siguiendo a GUTIÉRREZ REÑÓN, señala que un sistema racional de selección requiere, en primer lugar, la organización de la Oferta de empleo público, de modo que se conozca el número de puestos a cubrir, sus características y el ritmo de renovación del personal, así como la organización de la Oferta de empleo público mantiene la conexión con el Presupuesto que marca el gasto público realizable. (ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 159). Ver también FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 146 y ss.

¹⁰⁴⁰ En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 110. La plantilla ha sido considerada como una disposición de carácter general o normativo. Entre otras, ver la STS de 26 de diciembre de 1990, (Ar 10559).

¹⁰⁴¹ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 39.

¹⁰⁴² VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 210.

2.2.- La relación de puestos de trabajo

La relación de puestos de trabajo (RPT) es un mecanismo básico de la organización administrativa, constituyendo el principal instrumento para ordenar el personal al servicio de las Administraciones Públicas.¹⁰⁴³ La Ley 30/1984 disponía, para el Estado, en su artículo 15, que:

“1. Las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual se realiza la ordenación del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios y se precisan los requisitos para el desempeño de cada puesto en los términos siguientes:

a. Las relaciones comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral. (...)

d. La creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizara a través de las relaciones de puestos de trabajo. (...)

f. La provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones. Este requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al Capítulo de inversiones”.

Por su parte, para las Comunidades Autónomas y Entes Locales, el artículo 16 de la Ley 30/1984, con carácter de norma básica, disponía que *“las Comunidades Autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas”.*

Actualmente, el artículo 74 del EBEP dispone que *“las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los Cuerpos o Escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos”.*

¹⁰⁴³ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo...* op.cit., pg. 37, PÉREZ LUQUE, A., *La provisión...*, op.cit., pg. 135, y CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 251.

Como ha señalado la doctrina, aunque la elaboración de las RPT es obligatoria desde la promulgación de la Ley 30/1984, no siempre existen efectivamente, y en muchas ocasiones padecen irregularidades.¹⁰⁴⁴ Como ejemplo de ello, puede citarse el Informe Defensor del Pueblo de 1991, donde se reiteran los problemas de la falta de aprobación de las RPT en las Corporaciones Locales (tales como laboralización discrecional de puestos de trabajo que, según los criterios de la STC 99/1987, deberían estar atribuidos al personal funcionario, o la obstaculización de la promoción interna de dicho personal).

La doctrina ha discutido sobre la naturaleza jurídica de la RPT. Autores como ARROYO YANES¹⁰⁴⁵, DE VICENTE DOMINGO¹⁰⁴⁶ o MOREU CARBONELL, le atribuyen naturaleza de reglamento, basándose en su vocación de permanencia indefinida y su generalidad. Concretamente, MOREU CARBONELL¹⁰⁴⁷ indica que las RPT son auténticos reglamentos de carácter organizativo, ya que crean, modifican o suprimen puestos de trabajo, establecen los niveles asignados a cada puesto (lo cual afecta a la carrera profesional), son requisito necesario para la provisión de puestos, y a través de ellas se determina la adscripción de los puestos a personal laboral y funcionario, por lo que tienen funciones decisivas no sólo para la promoción profesional de los funcionarios, sino para la definición del propio sistema de empleo público.

Por el contrario, otros atribuyen a la RPT naturaleza de simple acto administrativo. Así, FONDEVILA ANTOLÍN¹⁰⁴⁸ entiende que la RPT es un mero acto aplicativo de lo establecido en las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo de la Ley 30/1984, que en nada innova el ordenamiento jurídico y que se limita a enumerar los puestos de trabajo y a determinar su encuadramiento burocrático.

El Tribunal Supremo también ha oscilado al respecto, de modo que en sentencias como las de 25 de abril de 1995 y 19 de noviembre de 1994 se reconocía la naturaleza normativa, aunque en otras, como la de 29 de noviembre de 1994, parece considerar a las RPT como un *tertium genus* a camino entre el reglamento y el acto administrativo. En todo caso, los órganos judiciales suelen coincidir en admitir la impugnación indirecta de la relación de puestos de trabajo.
1049

¹⁰⁴⁴ Ver RIVERO LAMAS, J., "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *REDT*, 2004, nº. 124.

¹⁰⁴⁵ ARROYO YANES, L.M., *La carrera administrativa...*, op.cit., pg. 402 y ss.

¹⁰⁴⁶ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo...* op.cit., pg. 45 y ss.

¹⁰⁴⁷ MOREU CARBONELL, E., "Las relaciones de puestos...", op.cit., pg. 433.

¹⁰⁴⁸ FONDEVILA ANTOLÍN, J., "Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y Relaciones de Puestos de Trabajo: jurisprudencia reciente", *RVAP*, nº. 28, 1990, pg. 61 y ss. Ver también MORELL OCAÑA, L., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Aranzadi, Pamplona, 1996, pg. 399.

¹⁰⁴⁹ MOREU CARBONELL, E., "Las relaciones de puestos...", op.cit., pg. 414.

Siguiendo a DE VICENTE DOMINGO¹⁰⁵⁰ pueden señalarse las siguientes características de la relación de puestos de trabajo:

- Carácter normativo: naturaleza de reglamento: como se ha expuesto, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias han reconocido el carácter normativo de las RPT, que, por tanto, son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa como cualquier otro reglamento.

- Vigencia indefinida: la RPT tiene vigencia indefinida, sin perjuicio de la posibilidad de modificarlas e incluso derogarlas.

- Universalidad: la RPT debe ser única y completa en cada Administración, de manera que no quede excluido de ella ningún puesto de trabajo, de manera arbitraria. No obstante, el EBEP no establece expresamente esta característica de la RPT, ya que ha querido ser muy parco en esta materia. Por tanto, no hay más remedio que acudir a la legislación de desarrollo. Así, para el Estado, según el artículo 15.1.d) de la Ley 30/984, *“la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizara a través de las relaciones de puestos de trabajo”*, añadiendo el apartado f) que *“la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones”*.¹⁰⁵¹

Sin embargo, dicho apartado f) también señalaba que *“este requisito no será preciso cuando se trate de realizar tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al Capítulo de inversiones”*. Se trata fundamentalmente de los nombramientos de funcionarios interinos en caso de exceso o acumulación de tareas y para ejecutar programas temporales, así como la contratación de personal laboral temporal también para esos dos casos. Estos nombramientos y contrataciones pueden constituir una vía de escape y arbitrariedad para el acceso al empleo público sin superar los correspondientes procesos selectivos, por lo que debería establecerse legalmente la obligación de las Administraciones y demás Entes del Sector Público de elaborar un documento donde figurasen todos esos nombramientos y contrataciones, que permita controlar la regularidad de los mismos. La cuestión se analiza detenidamente en el apartado 3.1 del Capítulo 6 de esta tesis doctoral.

También se ha planteado la duda sobre el reflejo en la RPT de los puestos de trabajo ocupados por personal laboral nombrado en virtud del artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de *“contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por Entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin*

¹⁰⁵⁰ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo...* op.cit., pg. 37.

¹⁰⁵¹ En el ámbito de los Entes Locales, el artículo 90.2 de la LBRL refiere la RPT de las Corporaciones Locales a todos los puestos de trabajo.

dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista”.

Estos contratos, según el Estatuto de los Trabajadores, se pueden extinguir “*por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate*”. Se plantea la duda de si procede incluir a estos trabajadores en la plantilla y en la relación de puestos de trabajo (indicando expresamente que están sometidos a la extinción prevista en el artículo 52.e) ET), o bien no incluirlos en la RPT, por entender que en realidad no se trata de puestos permanentes, sino vinculados a una determinada fórmula de prestación de un servicio.

Al respecto, VILLANUEVA PUERTOLLANO¹⁰⁵² considera necesario articular un instrumento complementario a la RPT que recoja a todo el personal municipal o provincial que presta sus servicios para la Corporación sin integrarse en las actuales plantillas y RPT por no tratarse de puestos permanentes de la Corporación, pero que, especialmente a consecuencia de Convenios de Colaboración subvencionados por otras Administraciones, se integran en la estructura de la Corporación Local, y sin perjuicio de que su estabilidad esté condicionada, según el artículo 52 e) del Estatuto de los Trabajadores, a la persistencia de esa subvención. Cita el mencionado autor un supuesto en que algún Ayuntamiento publica documentos de acompañamiento a los presupuestos locales que recogen a estos empleados.¹⁰⁵³

- La RPT debe ser detallada y concreta, en el sentido de que los puestos de trabajo deben figurar descritos en ella con carácter detallado.

- Configuración discrecional de la RPT: la configuración de la RPT por la Administración es discrecional, en el sentido de que, al afectar a su organización interna, las Administraciones Públicas gozan de discrecionalidad para configurarlas, si bien dentro del respeto a las normas legales que resulten aplicables. En este sentido, el artículo 72 EBEP establece que *"en el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este Capítulo"*.

Al respecto, MOREU CARBONELL¹⁰⁵⁴ criticaba la regulación de la Ley 30/1984 sobre las RPT, que dejaba un amplísimo margen de maniobra a las Administraciones para decidir las características de los puestos de trabajo y su adscripción a personal laboral o funcionario, y proponía, para restringir este amplio margen de decisión, la aplicación rigurosa de los mecanismos de control de las

¹⁰⁵² VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 487.

¹⁰⁵³ BOP de Guadalajara, nº. 31, de 13 de marzo de 2009, pgs. 74 y 75.

¹⁰⁵⁴ MOREU CARBONELL, E., “Las relaciones de puestos...”, op.cit., pgs. 398 y 417.

potestades discrecionales estudiadas por la doctrina, o bien la doctrina de los conceptos jurídicos indeterminados, que conlleva el pleno control judicial. Así, indica que la confección de la RPT está sujeta, entre otros, al concepto jurídico indeterminado de “necesidad del servicio”.

- La RPT debe configurarse orientada al principio de eficacia de la actuación de los poderes públicos. En este sentido, debe prever los medios personales suficientes para que la Administración pueda ejercitar sus competencias.

- La RPT debe ser objeto de publicación. El artículo 74 EBEP establece que las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares “*serán públicas*”. También la Ley 30/1984 disponía que “*las relaciones de puestos de trabajo serán públicas*” (artículos 15.3 y 16). Ahora bien, a diferencia de otros artículos del EBEP en que se ordena la publicación en Boletín Oficial, el citado artículo 74 solamente utiliza la expresión “*públicas*”.

La expresión utilizada por el legislador ha motivado que la jurisprudencia no exija la publicación en Boletín Oficial. Así, la STS de 26 de mayo de 1998 señala que “el artículo 15 de la LMRFP dice que las relaciones de puestos de trabajo serán públicas”, pero no especifica la forma que debe adoptar esta publicidad. (...) no resulta exigencia impuesta por la ley que cualquier intervención modificativa en las relaciones deba ser publicada en el boletín, pues lo único que impone es que sean públicas, en el sentido de que pueda ser conocida por quien lo desee (...)”.

Teniendo en cuenta la configuración cambiante de la RPT, lo más adecuado a los principios publicidad, transparencia y eficacia, es proceder a la publicación de la RPT en la Web oficial de la Administración de que se trate, manteniéndola continuamente actualizada. Por tanto, esta publicación en dicha Web oficial debería venir establecida por la propia ley.

- La RPT es requisito esencial para la validez de los procesos selectivos de acceso del personal funcionario y laboral fijo. En efecto, como se ha indicado, el artículo 15.1.f) de la Ley 30/1984 dispuso que “*la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario, así como la formalización de nuevos contratos de personal laboral fijo, requerirán que los correspondientes puestos figuren detallados en las respectivas relaciones*”. Esta obligación, sin embargo, ha sido incumplida en numerosas ocasiones por Administraciones que han realizado contrataciones de trabajadores sin que el puesto de trabajo figurase en la RPT. Esta circunstancia ha planteado dudas sobre la validez de la contratación de trabajadores fijos, habiendo recibido la cuestión distintas respuestas por parte de la doctrina.

Así, un sector de la doctrina entiende que la validez de la contratación laboral no depende de que el puesto de trabajo esté incluido en la RPT, sino que la validez del contrato laboral depende de que se trate de funciones que puede asumir el personal laboral, de conformidad con la legislación vigente, y que no estén reservadas al personal funcionario, así como se alega que la RPT no es una

norma jurídica susceptible de crear derechos y obligaciones para las partes contratantes.¹⁰⁵⁵

Otro sector doctrinal considera que un requisito necesario para la válida convocatoria del proceso selectivo de contratación de personal laboral es que la plaza convocada figure en la RPT, porque ésta es el instrumento en el que figuran las características esenciales de los puestos de trabajo y la no inclusión de un puesto de trabajo en la misma significa que no ha sido creado por el órgano administrativo competente para crear los puestos de trabajo. Por tanto, es un requisito de validez de la contratación laboral, y no se puede subsanar a posteriori con el acto de la convocatoria.¹⁰⁵⁶ No obstante, algunos autores introducen matizaciones a esta teoría, admitiendo los catálogos de puestos de trabajo y las plantillas de personal como sucedáneo de las RPT.¹⁰⁵⁷

En todo caso, teniendo en cuenta que se trata de una cuestión que ha suscitado diferentes respuestas por parte de la doctrina, sería preciso que el legislador estableciera expresamente la nulidad del proceso selectivo y del contrato laboral subsiguiente en caso de que el puesto de trabajo no figure en la RPT o instrumento similar, con el cese inmediato del personal así contratado. Con base en los mismos argumentos, la misma solución procede respecto del personal funcionario.

En último lugar, debe hacerse referencia a la práctica irregular consistente en el diseño de las relaciones de puestos de trabajo con perfiles singulares que anticipan la identidad exacta de quien va a ser adjudicatario del puesto, tal y como la describe MARTÍN MORENO.¹⁰⁵⁸ Así, en ocasiones el fenómeno de diseño de procesos selectivos a medida de determinados candidatos se inicia no ya con el diseño del sistema selectivo (méritos baremables, pruebas, etc.), sino incluso antes, en la fase de diseño del puesto de trabajo, al que se le asignan determinadas características para las que sólo será idóneo el currículum del candidato predeterminado. A este respecto, debe indicarse que esta práctica es contraria al derecho fundamental objeto de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos funcionariales y laborales. A esta práctica aluden también GONZÁLEZ BOTIJA, LÁZARO ALBA, COELLO MARTÍN y SARMIENTO LARRAURI, refiriéndose al ámbito de la provisión de puestos.¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁵ GODINO REYES, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 165 y ss., y LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico...*, op.cit., pg. 328 y ss.

¹⁰⁵⁶ MOLERO MARAÑÓN, M.L., *Acceso y clasificación...*, op.cit., pg. 31 y ss.

¹⁰⁵⁷ MOLINER TAMBORERO, G., "La contratación...", op.cit., pg. 54.

¹⁰⁵⁸ MARTÍN MORENO, J.L., *Quiebras...*, op.cit.

¹⁰⁵⁹ Concretamente señalan que "las modificaciones de las Relaciones de Puestos de Trabajo efectuadas *ad hominem* o *ad mulierem* sirven, en bastantes casos, para suprimir el puesto de trabajo del funcionario desafecto, y posteriormente se convocan con otro nombre y alguna pequeña variante, para que sea cubierta mediante comisión de servicios por un funcionario afecto y posteriormente se convoca la plaza por concurso de méritos valorando en méritos específicos la prestación de tales servicios". (GONZÁLEZ BOTIJA, F., LÁZARO

2.3.- La Oferta de empleo público

La aprobación de la Oferta de empleo público (OEP) es un paso previo para la selección de personal permanente, tanto funcionarios como laborales. Como indica PÉREZ LUQUE¹⁰⁶⁰, no es posible seleccionar a personal fijo si previamente no se ha publicado la Oferta de empleo público que contiene las vacantes, entendidas éstas como puestos vacantes con dotación en el Presupuesto, ya que la OEP no sólo permite programar el acceso a la función pública, sino que es fundamental para la realización del principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos¹⁰⁶¹. La Ley 30/1984 introdujo la figura, al establecer en su artículo 18 que *“Las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes constituyen la Oferta de empleo de la Administración del Estado. (...) La Oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes, indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes”*.

Actualmente, el EBEP regula la figura en su artículo 70.1, disponiendo que *“las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la Oferta de empleo público, o a través de otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal, lo que comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas y hasta un diez por cien adicional”*. Añade que la Oferta de empleo público o instrumento similar debe aprobarse anualmente, así como publicarse en el Diario oficial correspondiente, donde, además, se fijará el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. Por tanto, el EBEP aporta seguridad jurídica, puesto que obliga a elaborar y publicar una OEP anualmente y además señala un plazo máximo para ejecutar la OEP, es decir, para tramitar los procesos selectivos de ella derivados, que es de 3 años.

ALBA, E., COELLO MARTÍN, C., y SARMIENTO LARRAURI, J.I., “Acceso a la función pública...”, op.cit., pg. 131 y ss.

¹⁰⁶⁰ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 173 y ss., donde indica que diversas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 19 de mayo de 1994 y 5 de marzo de 1998, han anulado convocatorias para provisión de vacantes, por no existir la previa Oferta de empleo público.

¹⁰⁶¹ No obstante, PALOMAR OLMEDA considera que se ha reducido la utilidad de la Oferta de empleo público desde que, tras la promulgación de la Ley 30/1984, se desvincularon de los Cuerpos funcionariales los puestos de trabajo, al establecer dicha ley la regla de la provisión indistinta. (PALOMAR OLMEDA, A., “Planificación e instrumentos de gestión de los recursos humanos”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010, pg. 105).

El EBEP se refiere a la OEP “o instrumento similar”, lo cual muestra la flexibilidad con que la legislación básica pretende regular la materia, si bien creo que es disfuncional, porque la OEP es un concepto muy arraigado, en cuanto a su conocimiento, pero también muy incumplido por las Administraciones, de manera que parece conveniente mantener una denominación única para lo que siempre será lo mismo.¹⁰⁶²

Se ha planteado la cuestión de si las plazas vacantes, antes de ser incluidas en la OEP, deben ser ofertadas en primer lugar a los propios empleados públicos a través de los procedimientos de provisión interna. La doctrina ha entendido que la OEP refleja la provisión de puestos de trabajo con medios externos una vez que se han agotado las formas de cobertura interna con recursos propios.¹⁰⁶³ Por su parte, el artículo 18.4 de la Ley 30/1984 establecía que “*las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes constituyen la Oferta de empleo de la Administración del Estado*”, lo cual dio lugar a que se entendiera que en primer lugar había que ofertar los puestos vacantes a los propios funcionarios mediante los correspondientes procedimientos de provisión de puestos de trabajo¹⁰⁶⁴. Dicho artículo 18 fue modificado por la Ley 22/1993, pasando a establecer que “*las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de empleo público*”. Finalmente, el cambio de criterio se produjo con la Ley 13/1996, que también modificó dicho artículo 18, añadiéndole un apartado que aclaraba que “*las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieren la condición de funcionario*”.

Este cambio de criterio ha sido asumido por la jurisprudencia. Así, las SSTS de 12 marzo y 23 de julio de 2001, en las que, refiriéndose a la redacción inicial del artículo 18.4 de la Ley 30/1984 señalan que “el procedimiento de provisión de las vacantes ha de ser previo a la formulación de la Oferta de empleo público, pues sólo de esta manera se asegura el mejor aprovechamiento de los efectivos existentes y, a resultas de aquél, se obtendrán las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas y que conforman las vacantes que integran la Oferta de Empleo Público”.

Tras la citada Ley 13/1996, los órganos judiciales vienen reconociendo que no es obligatoria ofrecer las plazas en concurso previo a los funcionarios antes de incluirlas en la OEP, pudiendo destacarse las sentencias de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2011 y 20 de julio y 17 de noviembre de 2010, si bien con

¹⁰⁶² Ver en este sentido PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pg. 525, donde indica que en realidad lo que autoriza la ley es a utilizar varias denominaciones para lo mismo.

¹⁰⁶³ PALOMAR OLMEDA, A., “Planificación...”, op.cit., pg. 105.

¹⁰⁶⁴ Así lo entendieron las SSTS de 13 de mayo de 1986 y 12 de marzo de 2001.

referencia a la STS de 10 de diciembre de 2007, que señala que se trata de una potestad discrecional que obliga a la Administración a decidir conforme al interés público y no de forma arbitraria o caprichosa, añadiendo que “el sentido y alcance de la reforma de 1996 señalando que con ella se ampliaron efectivamente las potestades de la Administración, que, en el ámbito de sus facultades de autoorganización y al servicio de un mayor eficacia funcional, puede excluir del concurso previo entre los ya funcionarios determinadas plazas que de este modo serán directamente objeto de convocatorias para el ingreso de nuevo personal. Pero es de esencia a tal facultad -señala el Fiscal- que venga referida a plazas concretas que se considere conveniente reservar a los funcionarios de nuevo ingreso -por razones de autoorganización o de otra clase que persigan un fin protegido por la Ley-, lo que exige la expresión de dichas razones en el acto de exclusión (...) el párrafo añadido al artículo 18.4 por la Ley 13/1996 (...) no alberga una exclusión general y automática del concurso previo sino que atenúa su obligatoriedad, permitiendo la norma que, de forma razonada, se excluyan determinadas plazas del concurso previo entre los ya funcionarios”.

También se ha planteado la cuestión de si todas las vacantes dotadas presupuestariamente han de figurar en la OEP, o si la Administración puede decidir discrecionalmente las que incluye y las que no. El EBEP no determina que las vacantes con dotación presupuestaria que no puedan cubrirse con el personal disponible deban figurar necesariamente en la OEP, puesto que se refiere a *“las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso”*, siendo esta redacción menos clara en el sentido de que no especifica cuáles son esas necesidades que deben proveerse mediante personal de nuevo ingreso.

La redacción originaria de la Ley 30/1984 era más categórica, al disponer que *“la Oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes”*¹⁰⁶⁵ Por tanto, como indica FÉREZ FERNÁNDEZ¹⁰⁶⁶, una vez detectadas las necesidades de personal, había que, en primer lugar, intentar cubrir las vacantes mediante los sistemas de provisión de puestos y fórmulas de movilidad administrativa, para aprovechar los efectivos existentes. Aunque dicha expresión del artículo 18 de la Ley 30/1984 fue suprimido por la Ley 22/1993, que introdujo la regla de que *“las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público”*, que era una regla menos categórica que la originaria.

¹⁰⁶⁵ Aunque añadía que la OEP *“indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes”*.

¹⁰⁶⁶ FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “Planificación de recursos humanos”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pg. 524.

En todo caso, a partir de la Ley 4/1990 se dispuso en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que la OEP estatal y de la Seguridad Social incluiría solamente las plazas vacantes dotadas cuya provisión “*se considere necesaria, durante el ejercicio presupuestario, para el adecuado funcionamiento de los servicios*”, por lo que suprimió la obligación de incluir todas las vacantes.¹⁰⁶⁷

Posteriormente, a raíz de la reforma del artículo 18 de la Ley 30/1984 por la Ley 13/1996, la STS de 4 mayo 2009 señala que “en la actualidad las Administraciones Públicas no están obligadas a ofertar todas las plazas vacantes, sino que tras la reforma operada por la Ley 13/1996, es libre de incluir únicamente las vacantes que estimen convenientes en atención a razones de racionalización, eficacia y adecuada utilización de los recursos humanos”. Lo expuesto ha sido ratificado por diversos Tribunales Superiores de Justicia, que toman en consideración la nueva redacción del artículo 18 de la Ley 30/1984. Así, pueden citarse las sentencias de 26 de septiembre de 2007 del TSJ de Castilla-La Mancha, de 1 de junio de 2010 del TSJ de Andalucía (que señala que, tras la citada reforma, la Administración “es libre de incluir únicamente las vacantes que estime convenientes en atención a razones de racionalización, eficacia y adecuada utilización de los recursos humanos”) y de 24 de marzo de 2006 del TSJ de Murcia.¹⁰⁶⁸

No obstante, parece lógico que si la plaza no se ha cubierto por un concurso de méritos, y tiene dotación presupuestaria, debe figurar en la OEP, para su cobertura por acceso libre o promoción interna¹⁰⁶⁹, o bien ser desdotada y amortizada. Por su parte, el artículo 7 del Real Decreto 364/1995, para la Administración General del Estado, establece que “*las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de empleo público, siempre que exista crédito presupuestario y se considere conveniente su cobertura durante el ejercicio*”.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁷ En este sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de junio de 1997, señaló que las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos existentes no tienen por qué coincidir con las plazas vacantes, pues la facultad para determinar esas necesidades se ubica dentro de la potestad organizativa de las Administraciones Públicas.

¹⁰⁶⁸ Por su parte, el TSJ de Castilla y León, Valladolid, en sentencia de 26 de febrero de 2010 (que ratifica lo resuelto en sentencias de 8 de octubre de 1997, 23 de enero de 1998 y 9 de mayo de 1996), anuló un Decreto de OEP de Castilla y León, por no haber incluido las plazas primeramente a en los procesos de provisión interna, pero debido a que, en particular, la legislación de Castilla y León exige que las plazas a ofertar a los funcionarios de nuevo ingreso estén previamente incluidas en un procedimiento para la provisión de puestos por funcionarios, ya sea de concurso o de libre designación.

¹⁰⁶⁹ Como indica PÉREZ LUQUE, si una plaza está dotada presupuestariamente, y no se va a cubrir, ¿para qué se dota presupuestariamente? (PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 183).

¹⁰⁷⁰ Dicho artículo 7 del Real Decreto 364/1995, que se refiere a convocar las plazas que se consideren convenientes, no consideró contraria al principio de jerarquía normativa (por posible contradicción con el artículo 18 de la Ley 30/1984, en la mencionada STS de 30 de junio de 1997).

Desde luego, no parece que el tenor literal de estas previsiones normativas permita mantener una plaza dotada presupuestariamente sin incluirla en una Oferta de empleo público.

En todo caso, hay que estar a la legislación aplicable a cada Administración Pública, de modo que, respecto de las Comunidades Autónomas, habrá que estar a lo dispuesto en su respectiva legislación. Así, existen leyes que prevén la inclusión de las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de empleo público (Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia), o que no hayan sido cubiertas por los procedimientos internos de provisión de puestos de trabajo (Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid), o que se hallen vacantes (Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja), de manera que en estos casos no parece haber opción. Otras leyes autonómicas, en cambio, prevén la inclusión en la OEP de las plazas que se estime conveniente o necesario.

En cuanto al Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP, éste también recogía que la Oferta de empleo público incluiría las plazas que la Administración considere oportuno cubrir con personal de nuevo ingreso, lo cual, tal y como indica PALOMAR OLMEDA¹⁰⁷¹, hace menos rígida la regulación, ya que no impone incluir todas las vacantes o un porcentaje de ellas en la Oferta, de manera que la Oferta se convierte en un instrumento “que habilita la puesta en marcha de los procesos selectivos”. En esta línea, la jurisprudencia ha conexasionado la configuración de la OEP con la potestad de autoorganización, de manera que corresponde a cada Administración determinar las necesidades de recursos humanos que no pueden ser cubiertas con sus propios efectivos.

A este respecto, indica PUERTA SEGUIDO¹⁰⁷² que este amplio margen de discrecionalidad en la configuración de la Oferta de las plazas vacantes debería ser objeto de control mediante la justificación de la inclusión de todas las vacantes. Además, se ha propuesto también imponer límites temporales a la facultad de no ofertar las plazas vacantes, obligando a la Administración por optar entre la oferta en el plazo, por ejemplo, de un ejercicio, o amortizar el puesto.¹⁰⁷³

Lo expuesto determina que se venga considerando por los órganos judiciales que el ciudadano no tiene derecho a exigir que determinadas plazas vacantes sean incluidas en la OEP, ya que se trata de una potestad discrecional de la Administración.¹⁰⁷⁴ Así, la STS de 4 mayo 2009 señala que la concreción y

¹⁰⁷¹ PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pg. 452.

¹⁰⁷² PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 173.

¹⁰⁷³ DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo...* op.cit., pg. 10 y ss.

¹⁰⁷⁴ Ver la STS de 25 de junio de 2008.

elección de las vacantes a ofertar es una potestad discrecional, es decir, que es “fruto de una decisión libre de la Administración con las únicas vinculaciones que deriven de las plantillas, las relaciones de puestos de trabajo y las plazas que realmente estén sin cobertura por insuficiencia del personal existente”.

Ahora bien, como tal potestad discrecional, basada en la autoorganización, no puede ser ejercitada de forma arbitraria. Por ello, el TSJ de Castilla-La Mancha, en sentencia nº. 384/2007 de 26 septiembre, señala que “ello no quiere decir que la Administración puede decidir arbitraria y caprichosamente sino que se trata del ejercicio de una potestad discrecional que ha de efectuarse conforme al interés público”. También el TSJ de Andalucía, en sentencia de de 1 junio de 2010, señala que, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, “la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización, deba motivar, en definitiva, o explicar el interés público que se trata de proteger y exponer los criterios seguidos para dejar de aplicar o aplicar en determinada forma aquella opción discrecional, enervando así cualquier sospecha de arbitrariedad (también, en este sentido, la STS de 10 de diciembre de 2007)”.

Además, aunque se trate de una potestad discrecional, si la Administración ha suscrito acuerdos en virtud de la negociación colectiva, tiene que cumplirlos.¹⁰⁷⁵ En este sentido, y como indica RODRÍGUEZ ESCANCIANO¹⁰⁷⁶, los convenios colectivos regulan también la cobertura de vacantes, estableciendo con frecuencia que la selección externa quede en último lugar, detrás de sistemas de provisión como la promoción interna o el reingreso de personal en excedencia. Y esta práctica ha sido admitida por el Tribunal Supremo (STS de 12 de julio de 2007).

¹⁰⁷⁵ Así, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº. 1 de Albacete, en sentencia nº. 58/2007 de 7 marzo señala que “el Acuerdo Marco obligaba al Ayuntamiento a crear y dotar determinadas plazas, y a incluirlas en las Ofertas Públicas de Empleo de 2004 y 2005. Y asiste la razón al actor cuando denuncia que no ha sido así. Por ello, existe una vulneración del Acuerdo Marco, y por lo tanto concurre la causa de anulabilidad del Artículo 63.1.a) de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al haberse infringido el ordenamiento jurídico. No puede admitirse como excusa que las plazas o no estaban creadas o no estaban dotadas presupuestariamente, y que por ello no se incluyeron en las OEP, pues precisamente el no haberlas creado y/o no haberlas dotado (y, por ende, no haberlas incluido en las OEP) es lo que se reprocha a la Administración demandada”.

También puede citarse la STSJ del País Vasco, de 11 noviembre de 2009, que se refiere a un caso en que la Administración no incluyó en la OEP plazas ocupadas por funcionarios en comisión de servicios infringiendo lo pactado en negociación colectiva. Así, señala que aunque la legislación vasca “no obliga a que se incluyan la totalidad de las vacantes en los concursos de provisión de puestos de trabajo, la decisión de no convocar las vacantes que estaban cubiertas en comisión de servicio por funcionarios de nuevo ingreso de la OPE/2006, extralimitó el ámbito de la potestad de autoorganización, que venía en éste caso autolimitada por el Acuerdo Regulador, que expresamente tendía a que se convocara la generalidad de las vacantes, como un primer paso en un proceso de regularización del procedimiento de provisión de puestos de trabajo, y que, en todo caso, se trata de una potestad discrecional sujeta a los límites del artículo 9.3 de la CE y artículo 103.1 CE”.

¹⁰⁷⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”, op.cit., pgs. 204 a 206.

Y no debe olvidarse que, aunque la configuración de la OEP sea una potestad discrecional, sus elementos reglados y su finalidad son susceptibles de control judicial. Y existen importantes elementos reglados en dicha potestad. Así, debe indicarse en primer lugar que el artículo 10.4 EBEP sí establece la obligación de incluir determinadas plazas vacantes en la OEP. Así, establece, en relación con el personal funcionario interino que ocupa plazas vacantes, que éstas “*deberán incluirse en la Oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización*”. Esta obligación tiene el objetivo de evitar que las interinidades se eternicen dando lugar a interminables procesos de consolidación de empleo temporal, y afecta a la configuración de la OEP, siendo objeto de análisis en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral.

Baste señalar aquí que la obligación de incluir en la Oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos (que no lo sean por sustitución del titular) está directamente relacionada con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), ya que el incumplimiento de esta obligación provoca que, sin amparo legal, unas personas (interinos irregularmente prorrogados) se perpetúen en el desempeño de unas plazas, en perjuicio del derecho del resto de los ciudadanos a competir para cubrir dichas plazas mediante los correspondientes procesos selectivos libres.

Así, el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de octubre de 2010¹⁰⁷⁷, ha señalado que no se trata solamente de un problema de ilegalidad, sino también de la lesión de un derecho fundamental, ya que “no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos”. Dado que la inclusión en la OEP de las mencionadas plazas es una obligación legal, cabe exigir su cumplimiento mediante el ejercicio de la correspondiente acción legal ante los órganos jurisdiccionales, incluso a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, por verse afectado el del artículo 23.2 CE.

En relación con la OEP, pueden destacarse las siguientes características:

a) Sobre la naturaleza jurídica de la OEP, actualmente predomina la opinión de que no es un reglamento, no tiene naturaleza normativa, sino que es un acto administrativo de carácter general.¹⁰⁷⁸ Así lo entiende PALOMAR OLMEDA, por entender que no es una norma con vocación de permanencia en el tiempo, sino que sus efectos se extienden al año en que se publica.¹⁰⁷⁹ Por su parte, PÉREZ

¹⁰⁷⁷ Esta STS de 29 de octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró nulo el Decreto 67/2007, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2007 de la Comunidad Autónoma de Aragón, por omitir la inclusión de todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos.

¹⁰⁷⁸ En este sentido, ver la STS de 25 de junio de 2007.

¹⁰⁷⁹ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Dykinson, 2000, pg. 26. Ver también ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 348.

LUQUE¹⁰⁸⁰, en el ámbito de los Entes Locales, también considera que se trata de un acto administrativo general, puesto que la LBRL atribuye la facultad de aprobar la OEP al Presidente de la Corporación, que no ostenta la potestad de dictar reglamentos.

Precisamente por tratarse de un acto administrativo y no de un reglamento, algunos autores han criticado el hecho de que en los Reales Decretos por los que se aprueban las OEP en el Estado se incluyan determinadas previsiones que son más bien normas jurídicas relativas al proceso selectivo. Así, por ejemplo, puede citarse que el Real Decreto 222/2004, que aprueba la OEP estatal para el año 2004, disponía que los Altos Cargos no podían formar parte de las comisiones de selección. Autores como PALOMAR OLMEDA o ILDEFONSO HUERTAS dudan de la idoneidad técnica de estos Reales Decretos para incluir estas previsiones, comentando que esta cuestión recuerda a la problemática sobre el contenido de las Leyes de Presupuestos, que dio lugar al nacimiento de las denominadas “leyes de acompañamiento”.

b) La OEP es vinculante para la propia Administración, según el artículo 70 EBEP, que establece además la obligación de ejecutar la OEP en el plazo máximo de 3 años.

c) La OEP es periódica, puesto que, según el EBEP, ha de aprobarse anualmente (si existen vacantes dotadas).

d) La OEP debe ajustarse a la previa relación de puestos de trabajo. Así, la Oferta de empleo público no se entiende sin la plantilla presupuestaria ni la relación de puestos de trabajo, ya que son estos instrumentos los que (a través de plazas vacantes con consignación presupuestaria contempladas en la plantilla y sus correspondientes puestos en la relación de puestos de trabajo) definen el contenido de la Oferta de empleo público.¹⁰⁸¹

e) La aprobación de la OEP requiere la previa aprobación del Presupuesto de la Administración Pública o Ente Público convocante, pues ya se ha indicado que las plazas ofertadas han de estar dotadas presupuestariamente.

f) La OEP condiciona los procedimientos selectivos, puesto que éstos no pueden convocarse válidamente para proveer plazas que no estén incluidas en la OEP. El Tribunal Supremo así lo ha confirmado, anulando los procesos selectivos para la cobertura de plazas que no hayan sido previamente ofertadas, en sentencias tales como las de 19 de mayo de 1994 y 5 de marzo de 1998. En todo caso, el EBEP contiene una norma de flexibilización, al permitir aumentar la OEP ya publicada hasta en un 10%.

¹⁰⁸⁰ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 177.

¹⁰⁸¹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 491.

g) La OEP debe contener no solo las plazas a cubrir por procedimientos de selección libre, sino también las plazas a cubrir por promoción interna.¹⁰⁸² Se ha suscitado polémica acerca de la proporción en que las plazas vacantes deben ser ofertadas al turno libre o al de promoción interna. Al respecto, la Ley 30/1984 estableció en su artículo 22 el deber de las Administraciones Públicas de facilitar la promoción interna, previendo que en las convocatorias se podría reservar para la promoción interna hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas, aunque esta previsión fue derogada por la Ley 22/1993. No obstante, la doctrina admite que se reserve hasta ese 50%.¹⁰⁸³ El Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de enero de 2006, señaló que la regla general es el turno libre, de modo que deben dejarse al mismo suficientes plazas como para entender que dicha regla ha sido respetada. Y esto respecto a la Oferta de empleo público de que se trate, no acumulando Ofertas de distintos años para realizar el cálculo.

h) La OEP es completa o universal, lo cual tiene las siguientes implicaciones:

- En relación con los Entes Públicos afectados, y como nos recuerda PALOMAR OLMEDA¹⁰⁸⁴, se ha desarrollado en la práctica un fenómeno de diversificación de Ofertas de empleo público paralelas a la Oferta general de las Administraciones territoriales, por haberlo así dispuesto las normas creadoras y reguladoras de diversos Organismos. Así, como ejemplo, puede citarse el caso de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que elabora y aprueba su propia Oferta de empleo público. Igualmente, nos encontramos con todas aquellas Entidades de Derecho Público sometidas en general al Derecho Privado que generan empleo financiado con dinero público, y las sociedades y fundaciones del Sector Público, cuyos empleados laborales son empleo financiado con dinero público.

A este respecto, la OEP de cada Administración territorial (Estado, Comunidad Autónoma, Municipio y Diputación Provincial) debería ser comprensiva de las plazas de nuevo ingreso que se van a Ofertar en todos los Organismos Públicos dependientes de dicha Administración territorial, porque ello facilitaría la racionalización de los procesos selectivos y del acceso al empleo público, quedando sistematizada y simplificada la información que necesita el ciudadano para plantearse el acceso al empleo público.¹⁰⁸⁵ Y debería incluir también las plazas de nuevo ingreso en las sociedades y fundaciones del Sector Público. En

¹⁰⁸² Ver en este sentido ILDEFONSO HUERTAS, R.M., *Tres modelos...*, op.cit., pg. 348.

¹⁰⁸³ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 139.

¹⁰⁸⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pg. 450.

¹⁰⁸⁵ Esta previsión vendría acompañada de la reducción del fraccionamiento de los procesos selectivos, en los términos que se exponen en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral.

este sentido, entiende PÉREZ LUQUE¹⁰⁸⁶ que la OEP afecta a todas las plazas de las Administraciones Públicas y sus Entes descentralizados, “ya estén sometidos a Derecho Público o a Derecho Privado”.

La Administración estatal sí parece mantenerse en parte en esta línea, puesto que, por ejemplo, en el artículo 23.Tres de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2008, se establece que el Gobierno, a través de la OEP, podrá autorizar la convocatoria de plazas vacantes de nuevo ingreso para personal de las Agencias Estatales y de los Entes públicos Agencia Estatal de la Administración Tributaria, Consejo de Seguridad Nuclear, Agencia de Protección de Datos y de la Entidad pública empresarial “Loterías y Apuestas del Estado”. Y también añade que los Ministerios podrán autorizar las convocatorias de puestos vacantes en las demás Entidades Públicas Empresariales y Organismos y Entes públicos, respetando los límites presupuestarios. Sobre esta base, el Real Decreto 66/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba la OEP estatal para el año 2008, cuantifica en un anexo el número máximo de plazas que podrán convocarse para cada entidad pública empresarial o ente público.

- En relación con los distintos tipos de personal, la OEP debe recoger no sólo puestos funcionariales, sino también laborales.

- En último lugar, debe indicarse que se le ha criticado a la OEP su carácter fragmentario por no cuantificar los empleos temporales admisibles.¹⁰⁸⁷

3.- FORMAS IRREGULARES DE ELUDIR LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL FUNCIONARIO DE CARRERA Y LABORAL FIJO

3.1.- La excesiva temporalidad en el empleo público

3.1.1.- El problema de la excesiva temporalidad en el empleo público

Como es bien conocido, las Administraciones Públicas, y en general el Sector Público, han realizado un uso desviado y abusivo del personal temporal, surgiendo la figura comúnmente denominada del interino de larga duración.¹⁰⁸⁸ Así,

¹⁰⁸⁶ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 182.

¹⁰⁸⁷ PALOMAR OLMEDA, A., *Empleo Público Local*, Bosch, Barcelona, 2005, pg. 146.

¹⁰⁸⁸ La situación ha sido objeto de estudio en dos conocidos Informes: el Informe del Defensor del Pueblo “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”, de 2003, y el Informe del Consejo Económico y Social “La temporalidad en el empleo en el Sector Público”, de 2004. Ver también BARREIRO GONZÁLEZ, G., “Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local: conversión en funcionarios”, *Actualidad Laboral*, I/2000, pg. 39 y ss.

el empleo temporal en las Administraciones Públicas españolas se caracteriza por dos fenómenos:

1) La utilización del empleo temporal para desempeñar puestos de trabajo y necesidades estructurales, no temporales (ya sea prolongando el nombramiento o contrato temporal de una misma persona, ya sea contratando o nombrando rotativamente a varias personas para el mismo puesto de trabajo o funciones).

2) La perpetuación¹⁰⁸⁹ de los trabajadores temporales y funcionarios interinos en sus contratos o nombramientos, o el encadenamiento por éstos de sucesivos nombramientos o contratos, da lugar a colectivos de empleados temporales de larga duración que reivindican su consolidación, lo cual acaba dando lugar a procesos de consolidación de empleo temporal que no respetan los principios de igualdad, mérito y capacidad.¹⁰⁹⁰ Además, en el ámbito laboral se aplica la figura del trabajador indefinido no fijo.

Entre las causas de la excesiva temporalidad y de la perpetuación de los empleados temporales se han señalado las siguientes en el Informe de la Comisión de Expertos:¹⁰⁹¹

- Las limitaciones que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido imponiendo desde el año 1995 para la ampliación del número de empleados fijos en las Administraciones Públicas (consistentes en limitar la Oferta de empleo público a un porcentaje de la tasa de reposición de efectivos). Como indica el Informe del Consejo Económico y Social de 2004 sobre temporalidad en el empleo público, las restricciones a las Ofertas de empleo público establecidas por las leyes anuales de presupuestos han provocado un mayor recurso a la contratación de personal temporal (funcionario y laboral), a pesar de que las propias leyes de presupuestos lo prohibían en los últimos años.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ El fenómeno está muy bien descrito por RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, que señala que “han abundado siempre las situaciones de funcionarios interinos que se eternizan por la no convocatoria de las plazas que ocupan, lo que los convierte muchas veces en unos eventuales encubiertos (...). En definitiva, se trata de una patología que persigue perpetuar en determinadas situaciones a personas que no han entrado en la función pública con las convocatorias y los procedimientos que proceden”. (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos”, *PGP*, nº. 41/2005).

¹⁰⁹⁰ ROQUETA BUJ, R., “La Administración y el personal...”, op.cit., pg. 136.

¹⁰⁹¹ También alude PUERTA SEGUIDO a que en los años setenta proliferaron las contrataciones administrativas y laborales temporales, debido a que el desarrollo económico hizo necesaria una mayor intervención administrativa en múltiples ámbitos, lo cual exigía disponer de personal con carácter de urgencia e inmediatez; las necesidades de personal para nuevos sectores, como la informática; la falta de previsión de efectivos, defectuosa planificación de recursos humanos, y el intento de disimular el aumento de los gastos de personal mediante el incremento del gasto en contratados sin producir un aumento de plantilla. (PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 40).

¹⁰⁹² La doctrina económica también alude, como causas de la excesiva temporalidad en el Sector Público, a las restricciones impuestas al gasto público en personal, así como la lentitud e insuficiencia de las Ofertas de empleo público. (Ver en este sentido FERNÁNDEZ

- Las dificultades, en cuanto a menor flexibilidad, que existen para reordenar los efectivos o movilizar forzosamente a los empleados públicos estables.¹⁰⁹³

- La lentitud y rigidez de los procesos selectivos de acceso a la función pública (“retraso de las convocatorias y falta de agilidad de los procesos de selección”) y la falta de planificación de personal. El Informe del Consejo Económico y Social de 2004 alude igualmente a la falta de una adecuada ordenación del personal, atendiendo a las necesidades del servicio, a través de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.¹⁰⁹⁴

- La “ausencia de normas que impongan la inclusión de las vacantes en las Ofertas anuales de empleo público o imprecisión de las mismas”.

- Además, la Ley 30/1984 continuó con el criterio restrictivo respecto de la contratación de personal funcionario interino y eventual¹⁰⁹⁵ y prohibió los contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, lo cual provocó, a pesar de que establecía la preferencia por el personal funcionario, un aumento de la contratación de personal laboral temporal. En este contexto, también fueron determinantes las reformas de la legislación laboral, permitiendo más flexibilidad en la contratación laboral temporal.

- También la falta de regulación legal del acceso a las interinidades funcionariales y su flexibilidad han determinado su uso fácil por las

GUTIÉRREZ, M., “El sector público ante la temporalidad: ¿solución o parte del problema? Factores explicativos de la estabilidad del empleo público en España”, en *XVI Encuentro de Economía Pública: 5 y 6 de febrero de 2009, Palacio de Congresos de Granada*, 2009 pgs. 1 y 26 y ss.).

¹⁰⁹³ Estos problemas, derivados de la normativa vigente sobre la materia, está constatado que existen, pero también debe indicarse que en la mayoría de las Administraciones se distingue entre puestos de estructura y puestos de nivel básico, y en éstos últimos la movilidad es mayor, pues dentro del Departamento y municipio, es posible variar las funciones del funcionario si se las mantiene dentro de lo dispuesto en la RPT para su puesto (área funcional, etc.). Y, por otro lado, la Ley 30/1984 ya regulaba los procesos de reasignación de efectivos, si bien la cuestión radica en la voluntad de los órganos competentes para usarlos. En último lugar, hemos de recordar que en las normas sobre provisión de puestos de trabajo, respecto a los destinos obtenidos por concurso de mérito se prevé la posibilidad de cambiar de puesto al funcionario que se muestra ineficaz en el desempeño del nuevo puesto obtenido por concurso. En materia de provisión de puestos y valoración del rendimiento el EBEP es cierto que ha introducido algunas novedades que podrían reducir la rigidez en la utilización de los efectivos, si se desarrollan y utilizan adecuadamente por las Administraciones.

¹⁰⁹⁴ En particular, dicho Informe del Consejo Económico y Social de 2004 (pg. 80 y ss.), señala que “parece evidente que las Administraciones educativas no llevan a cabo convocatorias de selección de personal para la provisión definitiva de plazas, en la cantidad y con la periodicidad suficientes como para acometer una reducción sustancial de la temporalidad. Además, la realidad muestra que en las ofertas publicadas y en las convocatorias que se realizan no afloran todas las plazas cubiertas provisionalmente con personal interino”. Estas causas no obedecen sólo a la legislación vigente, sino también a la actitud más o menos diligente de los gestores de lo público.

¹⁰⁹⁵ BOLTAINA BOSCH, X., *Los puestos de trabajo...*, op.cit., pg. 70 y ss.

Administraciones autonómicas para resolver los problemas organizativos iniciales de su propia creación como Administraciones.

- Asimismo, debido a la escasa legislación sobre los procesos de selección para el acceso a interinidades funcionariales y a contratos laborales temporales, se ha utilizado esta vía para soslayar los principios de mérito y capacidad. Así, VILLANUEVA PUERTOLLANO¹⁰⁹⁶ indica que “es imposible no hacer referencia a la mayor facilidad que ofrece a algunos responsables políticos, para la colocación de sus “compromisos”, la laxitud de la contratación temporal frente a la rigidez de los procesos de acceso permanente al empleo público”. Los límites presupuestarios y el clientelismo han sido también factores determinantes de la falta de tramitación de procesos selectivos para reclutar empleados públicos funcionarios o laborales fijos, siendo más sencillo, a todos los efectos, eternizar empleados temporales en puestos estructurales.¹⁰⁹⁷

El Informe del Consejo Económico y Social de 2004¹⁰⁹⁸ sobre temporalidad en el empleo público también ha señalado las siguientes causas de la excesiva temporalidad:

- El abuso en la contratación temporal también se vio favorecido por la doctrina judicial que no atribuía el carácter de fijo al personal laboral con contratación temporal irregular (sino que solamente le atribuía la condición de laboral indefinido con obligación de cubrir la plaza ocupada por este tipo de personal por los procedimientos reglamentarios). También se vio favorecido por el hecho de que, en el caso de abusos en la duración de los nombramientos de funcionarios interinos, la ley tampoco impone su consolidación como personal fijo.

- La no tramitación en tiempo de los procesos de provisión interna de cobertura de vacantes, así como la existencia de importantes obstáculos para la aplicación de los mecanismos de movilidad de los empleados públicos, destacando la insuficiencia de mecanismos de coordinación y colaboración entre las distintas Administraciones. Finalmente, el citado Informe señala que otros mecanismos de cobertura de puestos, como la reasignación de efectivos, podrían tener una mayor virtualidad.

- El menor coste económico del personal temporal en aquellos casos en que percibía retribuciones inferiores (por ejemplo, al no tener derechos al percibo

¹⁰⁹⁶ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 111.

¹⁰⁹⁷ El Informe 3/2004, del Consejo Económico y Social sobre “la temporalidad en el empleo público” y el Informe del Defensor del Pueblo de 2003 sobre “funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público” coincidían en la existencia, especialmente en el ámbito local, de una contratación irregular, en muchos casos intencionada con fines de clientelismo político, que ha generado grandes bolsas de temporalidad. Lo expuesto se reitera en las conclusiones referidas al ámbito local en Andalucía de los “Estudios de Divulgación CEMCI”, nº. 103, septiembre de 2000.

¹⁰⁹⁸ Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social, sobre temporalidad en el empleo en el Sector Público, pg. 80 y ss.

de trienios), o no podía beneficiarse de ciertos permisos o situaciones administrativas.

También se ha hecho referencia a determinadas causas que operan, con mayor intensidad, en el ámbito local:

- Así, puede citarse la demanda creciente de servicios y a nuevas necesidades provenientes de importantes cambios sociodemográficos (como el envejecimiento poblacional o la inmigración), ante la cual los Entes Locales sufren insuficiencia financiera, dependiendo de programas o subvenciones anuales, mediante fondos externos, para la prestación de tales servicios. Esta financiación coyuntural provoca el recurso a la contratación laboral temporal.¹⁰⁹⁹

- Los cargos electos de las Corporaciones Locales “frecuentemente tienden a ampararse en su elección democrática como rasgo habilitante para la conculcación de las normas jurídicas”.¹¹⁰⁰ A este respecto, ya el Defensor del Pueblo en su Informe de 1990 señalaba que “puede afirmarse que entre los cargos electivos locales existe una cierta «insumisión» al ordenamiento jurídico que se fundamentaría precisamente en la naturaleza electiva del cargo que se ostenta. (...) No es infrecuente que en la tramitación de algunos de los expedientes relativos a la función pública Local se detecte, tanto en el tono como en la forma de las respuestas recibidas, la idea preexistente en las Entidades locales según la cual quien ha sido elegido por los vecinos para regir los destinos del municipio puede imponer su criterio en todo lo que afecta a la gestión municipal sin que a este criterio deban oponérsele restricciones propias de la normativa”. Debe recordarse, como ha indicado GARCÍA DE ENTERRÍA¹¹⁰¹, que “ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la Ley: ésta es la esencia misma del Estado de Derecho”.

- También se ha señalado que buena parte de los incumplimientos de la normativa por los Entes Locales se deben al elevado número de municipios españoles que carecían y carecen de una adecuada asistencia técnico-jurídica que evite la comisión de irregularidades en los procesos selectivos. Así lo ha venido señalando el Defensor del Pueblo en reiterados Informes anuales. Así, en su intervención ante las Cortes en relación con el Informe de 1990 expuso que “hay

¹⁰⁹⁹ Ver en este sentido OLARTE ENCABO, S., “Empleo y colocación...”, op.cit., pg. 45. La citada autora alude a las limitaciones legales para la ampliación de plantillas en las Corporaciones Locales, pues el Real Decreto Legislativo 781/1986 exige dos requisitos: que el incremento del gasto quede compensado mediante la reducción de otras unidades o capítulos de gasto no ampliables, y que el incremento de dotaciones sea consecuencia del establecimiento o ampliación de servicios de carácter obligatorio impuestos por disposiciones legales. Por ello, concluye que para reducir las tasas de temporalidad en los Entes Locales sería preciso una mejor definición de sus competencias y servicios.

¹¹⁰⁰ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 68.

¹¹⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº. 130, 1993, pg. 212.

pequeños municipios de 100 o de 200 habitantes que no tienen asesoría jurídica, no saben nada de nada, llegan las comunicaciones del Defensor del Pueblo y tal vez se las come la vaca, no lo sé...”.

No obstante, esta argumentación que descarga de cierta responsabilidad a los responsables de los Entes Locales no es admisible, porque cualquier persona mínimamente diligente es consciente de que no se pueden realizar contrataciones arbitrarias y, en caso de desconocimiento de la normativa aplicable, solicitará asesoramiento a personas conocidas o, incluso a la correspondiente Diputación Provincial, sin perjuicio de que siempre existe el contacto con algún funcionario local con habilitación de carácter estatal. Es lo que exige la mínima “diligencia de un buen padre de familia” a la que, en términos de sentido común, se refiere el Código Civil.

De lo expuesto se desprende que la situación de excesiva temporalidad en el empleo público no sólo obedece a las prácticas irregulares de las personas que gestionan a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, sino también a la deficiente legislación en la materia, totalmente falta de mecanismos de control. Como indican LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ, “mantener una plaza cubierta por un interino *sine die* es una práctica habitual (...) a falta de controles y previsiones legales verdaderamente eficaces que vayan más allá de la simple recomendación y de la gestión discrecional de los recursos humanos en estos ámbitos”.¹¹⁰²

El excesivo volumen de personal temporal ha provocado una lesión frontal y continua del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos en dos aspectos principales:

En primer lugar, como indica PUERTA SEGUIDO, el problema más grave ha sido la perpetuación de los empleados temporales, lo cual ha provocado el diseño de procesos selectivos destinados a consolidar a este colectivo¹¹⁰³ rebajando de forma inadmisiblemente los requisitos de mérito y capacidad y la igualdad de trato entre los ciudadanos. Así, la existencia de grandes masas de personal temporal que, con apoyo sindical, reclamaban la estabilidad de sus empleos públicos, ha dado lugar al conocido problema endémico de nuestras Administraciones Públicas, consistente en los procesos de consolidación de empleo público temporal, de dudosa constitucionalidad en unos casos, e incluso de inconstitucionalidad declarada en otros muchos. En este sentido, puede decirse que los Organismos Públicos no actúan en el momento adecuado, dejan que el problema se instale, y luego alegan la urgente necesidad de profesionales.¹¹⁰⁴

¹¹⁰² LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 14.

¹¹⁰³ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 200.

¹¹⁰⁴ LINS DE LESSA CARVALHO, F., *El acceso igualitario a la función pública: análisis del Derecho Español y Brasileño*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2010, pg. 181. Alude el citado autor a la gran cantidad de leyes que, en Brasil, admiten supuestos de contratación temporal fuera del perfil constitucionalmente establecido, así como al uso cada vez más

La propia Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público señaló en su Informe cómo la generalización de esta situación estaba poniendo en cuestión el sistema constitucional de reclutamiento de empleados públicos. Así, indicaba que “el reclutamiento de empleados temporales no exige las mismas garantías, sea en virtud de los procesos consiguientes de consolidación o estabilización del empleo público, que suponen en la práctica integrar, mediante cursos breves o pruebas muy simples, como personal fijo, en su mayor parte funcionario, a empleados que en su día fueron nombrados o contratados sin una verificación rigurosa de sus méritos y capacidades o sin ningún tipo de selección abierta. Esta dinámica de selección de personal temporal y posterior estabilización de los empleados temporales al cabo de unos años está poniendo seriamente en cuestión todo el sistema constitucional de garantías relativo al acceso al empleo público e inclusive está llevando a la quiebra otros elementos del propio sistema, como la misma Oferta de empleo público, con la garantía de publicidad que supone”.¹¹⁰⁵

Así pues, resulta esencial poner coto a la excesiva contratación de personal temporal (que se lleva a cabo para cubrir puestos de trabajo y necesidades estructurales) y a su eternización, porque la existencia de grandes colectivos de personal temporal produce un fenómeno vicioso del que es prácticamente imposible salir. En efecto, la existencia de este personal temporal provoca una presión sindical tendente a conseguir procesos de consolidación diseñados para favorecer a este colectivo, en los que se reducen las exigencias de mérito y capacidad hasta anular estos principios. Como indican MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE, para resolver un problema (el de la temporalidad), se crea otro (la lesión de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso al empleo público estable).¹¹⁰⁶

Y ello sin olvidar los casos de favoritismo personal, en los que a determinadas personas se las contrata temporalmente con la deliberada intención de eludir los procesos selectivos más rigurosos para el acceso al personal fijo, y después, también de forma deliberada, se diseña el correspondiente proceso de consolidación de empleo temporal, con bases reguladoras a medida de dicho trabajador temporal. El fraude en estos casos es evidente.

En segundo lugar, la perpetuación de un funcionario interino o de un trabajador temporal en el desempeño de una plaza constituye una lesión al

generalizado, de la “tercerización de mano de obra”, mediante la contratación de empresas que van a “fornecer los trabajadores para los Organismos públicos”, ámbito en el que destaca la utilización de esta mano de obra para realizar actividades que deberían ser realizadas por funcionarios. (Misma obra citada, pgs. 182 y 183).

¹¹⁰⁵ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pgs. 90 y 91.

¹¹⁰⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas (artículos 8 a 13)”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, Granada, 2008, pg. 153.

derecho fundamental del resto de ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, pues el proceso selectivo que habilitó el nombramiento o contrato temporal fue mucho menos exigente que el proceso selectivo de acceso a la condición de funcionario de carrera o trabajador fijo. Así, una vez superada la situación de verdadera temporalidad, los ciudadanos tienen derecho a que las plazas que responden a necesidades verdaderamente permanentes les sean ofertadas a través de procesos selectivos para acceder a la condición de empleado público estable (es decir, funcionario de carrera o laboral fijo). Además, quien no ha superado este proceso selectivo para adquirir la condición de funcionario de carrera o trabajador fijo, no tiene derecho a perpetuarse ocupando ninguna vacante como si se tratase de un funcionario de carrera o trabajador fijo. Como se verá en este Capítulo, el derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 alcanza al derecho a exigir la inclusión de las plazas vacantes en la Oferta de empleo público, salvo que la Administración Pública o Ente del Sector Público afectado decida amortizarlas por no responder a necesidades realmente estructurales.

Por tanto, cabe concluir lo siguiente:

- La no tramitación del proceso selectivo para la cobertura definitiva de la plaza ocupada por el empleado temporal implica lesionar el derecho fundamental de los demás ciudadanos a acceder a los empleos públicos estables (de laboral fijo y funcionario de carrera) en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 CE), pues se está manteniendo a una persona en el desempeño de la plaza sin la causa de provisionalidad. Lo que procede en tal caso es la cobertura de la plaza por personal laboral fijo o funcionario de carrera (según el caso) mediante el proceso selectivo de acceso libre, de provisión interna o de promoción interna que corresponda. La lesión del citado derecho fundamental ha sido reconocida por la STS de 29 de octubre de 2010, relativa a una Oferta de empleo público de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se señala que la no inclusión en dicha OEP de las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos, además de incumplir el artículo 10.4 EBEP (que obliga a su inclusión), vulnera el citado derecho fundamental.¹¹⁰⁷

- Además, la mencionada lesión del derecho fundamental no sólo se produce en el caso de la prolongación irregular de un empleado público temporal, o la rotación de empleados temporales sobre un mismo puesto vacante por sustitución. También se produce cuando se eternizan los contratos y nombramientos de interinidad por exceso o acumulación de tareas o para

¹¹⁰⁷ En la misma línea, y también respecto de la irregular actuación de la Comunidad Autónoma de Aragón, el TSJ de Aragón ha dictado la sentencia de 10 de febrero de 2012, por la que anula la Oferta de empleo pública para 2011, aprobada por el Decreto 83/2011, de 5 de abril, del Gobierno de Aragón. La sentencia reitera la obligación legal de incluir en las Ofertas de Empleo Público la totalidad de las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos, destacando que su no inclusión vulnera el derecho fundamental de acceso a la función pública del artículo 23.2 CE.

ejecución de programas temporales, pues en estos casos, si la necesidad persiste, también procede crear la correspondiente plaza en la RPT, dotarla presupuestariamente y cubrirla mediante procesos de cobertura definitiva, ya que se trata de funciones permanentes.¹¹⁰⁸ Por tanto, la no creación de la plaza y su cobertura mediante procesos selectivos de libre concurrencia constituye una lesión al citado derecho fundamental.

Ante la situación expuesta, caracterizada por la excesiva temporalidad en el empleo público, el Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP incidió en dos cuestiones: la determinación de los supuestos en que cabe admitir la figura del funcionario interino, y la propuesta de varias medidas para poner coto a la excesiva temporalidad en el empleo público.

En cuanto a los supuestos de interinidad funcional, la Comisión propuso que “en el Estatuto Básico del Empleado Público se prevea la posibilidad de nombrar personal funcionario o laboral de carácter interino o temporal para el desempeño de puestos de trabajo o funciones reservadas a funcionarios de carrera o a contratados laborales fijos, respectivamente, mientras no puedan ser desempeñadas por éstos o para la sustitución transitoria de los mismos, o bien para subvenir a situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia o para la ejecución de programas de carácter temporal”.

En cuanto a la alta tasa de temporalidad y la perpetuación de los empleados temporales, la Comisión se remitió a sendos Informes del Defensor del Pueblo y del Consejo Económico y Social¹¹⁰⁹ que habían puesto de manifiesto la alta tasa de temporalidad o precariedad en el empleo público y el hecho de que una buena parte de las interinidades funcionariales o contrataciones laborales temporales se formalizaban para “actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. Una parte importante de esa temporalidad tiene, por tanto, un carácter ficticio o artificial”.

Frente a esta situación, el Informe de la Comisión consideró “que la temporalidad en el empleo público no debe desbordar los límites estrictos derivados de las necesidades transitorias de personal de las Administraciones Públicas y, especialmente, que no puede dar lugar a que el personal interino o temporal asuma funciones o cubra necesidades que, en realidad, tienen carácter permanente, prolongándose de esta manera su situación con carácter indefinido”.

Expuesta la problemática, en un intento de aportar soluciones, la Comisión propuso que el legislador adoptara un conjunto de garantías, “algunas de las cuales podrían figurar en el Estatuto Básico, dado el alcance general del problema”, que fueron las siguientes:

¹¹⁰⁸ Ver DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., “El acceso...”, op.cit., pg. 786.

¹¹⁰⁹ Informe del Defensor del Pueblo “Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público”, de 2003, e Informe del Consejo Económico y Social “La temporalidad en el empleo en el Sector Público”, de 2004.

- La supresión de los límites a la asunción de personal fijo de plantilla recogidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años (consistentes en limitar la Oferta de empleo público a un porcentaje de la tasa de reposición de efectivos).

- La adecuada utilización de otros instrumentos de ordenación y gestión del personal distintos de la RPT. (Y es la doctrina siempre ha destacado que un elevado número de Ayuntamientos aún no ha redactado, a pesar de su obligatoriedad, las Relaciones de Puestos de Trabajo).

- La mayor agilidad o celeridad de los procedimientos de selección.

- Otra recomendación del Informe fue recoger explícitamente unos límites temporales claros y concretos, del siguiente modo:

a) Si se trata del desempeño de plazas vacantes de plantilla, debe establecerse la necesidad de incluirlas en la primera Oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decida su amortización.

b) Si se trata de un nombramiento o contrato para sustituir a un empleado ausente, debe disponerse el cese del interino o contratado, en todo caso, cuando se reincorpore el funcionario o contratado fijo sustituido o éste pierda el derecho a la reincorporación en el mismo puesto de trabajo.

c) Si se trata de subvenir a necesidades urgentes, extraordinarias y circunstanciales de incremento de la actividad con el nombramiento de personal temporal, éste debe cesar en cuanto dichas necesidades desaparezcan y, en todo caso, en el plazo máximo que establezca la legislación laboral.

d) Si se trata de ejecutar programas temporales, debe exigirse que los mismos tengan una duración determinada y que los funcionarios o el personal laboral nombrados con tal carácter cesen necesariamente a su finalización”.

Sin embargo, la propia Comisión de estudio del EBEP alude a que estas cuatro reglas sobre duración máxima son insuficientes, pues “es un hecho que, aún estando legalmente establecidas, con harta frecuencia y en muchas Administraciones Públicas la relación de empleo o de servicio de carácter temporal se prolonga de manera irregular, al finalizar el plazo de duración del contrato o la causa que legitimó la contratación o el nombramiento del funcionario interino”.

Con el objetivo de solucionar esta irregular prórroga de los empleos temporales, el Informe propone hacer hincapié en la responsabilidad de las autoridades o funcionarios a los que se atribuya la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o temporal. Y, para ello, propone la emisión de un “informe jurídico preceptivo, por el titular del órgano competente en cada caso, bajo su propia responsabilidad, sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita el nombramiento de interino o contrato temporal que finaliza. Emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asume la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria,

patrimonial o, en su caso, penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral”.

Las propuestas contenidas en el Informe de la citada Comisión de estudio han de ser bienvenidas, pero, como se verá a continuación, son insuficientes y, lo que aún es peor, la Ley 7/2007, del EBEP, no ha acogido en su totalidad dichas propuestas.

3.1.2.- Regulación de las relaciones temporales de empleo público en la legislación básica o exclusiva del Estado

En términos generales puede concluirse que el EBEP no ha introducido la mayoría de los mecanismos y garantías propuestos en el Informe de la Comisión de Expertos para evitar que vuelvan a producirse las altas tasas de temporalidad en el empleo público y se perpetúe el personal funcionario interino y laboral temporal. Por tanto, es previsible que puedan generarse a partir de este momento nuevas masas de este tipo de personal, que reproduzcan el problema de su consolidación a través de procesos selectivos poco o nada respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad. En efecto, el EBEP:

- No ha suprimido los límites de la Oferta de empleo público contenidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de los últimos años (porcentaje de la tasa de reposición de efectivos).

- No contiene previsiones concretas que aseguren una mayor agilidad o celeridad de los procedimientos de selección de personal fijo (funcionario o laboral fijo), aunque hay que reconocer que dicha agilidad en buena parte depende también de la voluntad de las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público.

- Ni siquiera recoge la enumeración expresa de los límites temporales de cada interinidad funcional. Ciertamente indica en el artículo 10.3 que *“el cese de los funcionarios interinos se producirá (...) cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento”*, pero en cuanto a la aclaración expresa de la extinción, sólo recoge la previsión, en el caso de la interinidad por vacante, de que se incluyan estas plazas en la OEP o se amorticen. En cambio, no indica expresamente, como recomendaba el Informe de la Comisión de estudio del EBEP, que el interino por exceso de tareas debe cesar *“en cuanto dichas necesidades desaparezcan y, en todo caso, en el plazo máximo que establezca la legislación laboral”* y que, en el caso de programas temporales, *“debe exigirse que los mismos tengan una duración determinada y que los funcionarios o el personal laboral nombrados con tal carácter cesen necesariamente a su finalización”*.

- En cuanto a la citada obligación de incluir en la Oferta de empleo público (del mismo año o del siguiente) las vacantes cubiertas por funcionarios interinos

por vacante, como indica SÁNCHEZ MORÓN¹¹¹⁰, de poco sirve imponer por ley esta obligación, si en la práctica muchas Administraciones Públicas, especialmente los Entes Locales, no tienen Relación de puestos de trabajo, no publican sus Ofertas de empleo público, o lo hacen muy tardíamente. Además, como indica este autor, esta previsión ni siquiera se establece en el EBEP respecto del personal laboral.

- El EBEP no ha recogido la figura del informe jurídico preceptivo sobre la posibilidad de prorrogar las relaciones temporales, que constituye una pieza fundamental para que la legislación sea respetada.¹¹¹¹

A mayor abundamiento, el EBEP no sólo no ha introducido las recomendaciones relativas a evitar las altas tasas de temporalidad y la prórroga irregular de las relaciones laborales, sino que en su Disposición Transitoria Cuarta permite, una vez más, en la línea iniciada por leyes anteriores, efectuar convocatorias para consolidar el empleo temporal, concretamente, para las plazas ocupadas de manera interina o temporal con anterioridad al 1 de enero de 2005. Como es bien sabido, los procesos de consolidación de empleo temporal se caracterizan por favorecer desproporcionadamente a este personal temporal frente a los aspirantes libres que no han prestado previamente servicios en la Administración o Ente convocante. Por tanto, una vez más, permite a las Administraciones Públicas consolidar mediante polémicos procesos al personal temporal (funcionario interino o laboral temporal), permitiendo incluso la valoración de “la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”. Está por ver la constitucionalidad de esta última previsión, que no sólo valora la experiencia en las funciones del Cuerpo funcional o categoría laboral convocados, sino incluso en los puestos concretos a que se refieran las convocatorias.

Lo expuesto es una prueba manifiesta de que no hay una verdadera voluntad política de resolver el problema del exceso de temporalidad y de la perpetuación de las relaciones temporales de empleo público, sino que el legislador facilita la consolidación con favoritismos de las masas de empleo temporal estructural y no evita la creación de nuevas masas de empleo temporal que, pasado el tiempo, también pidan su consolidación con privilegios. En definitiva, la espiral está servida.

Además, el legislador estatal resulta un tanto contradictorio en la política de empleo público, ya que, por un lado, en el ámbito laboral, intenta reducir la precariedad mediante la legislación laboral (artículos 15.5 y 52.e, y Disposición Adicional 15ª ET del Estatuto de los Trabajadores), pero, por otro lado, en el caso de las interinidades funcionariales, el EBEP no prevé sanciones ni mecanismos correctivos para los nombramientos irregulares o su prolongación irregular.¹¹¹² Esta

¹¹¹⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 37.

¹¹¹¹ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 109.

¹¹¹² En este sentido, ver BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 172.

situación, lógicamente, no sólo contradice el objetivo de reducir la precariedad en el empleo público, sino que no responde a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, pues permite la perpetuación de empleados públicos que no han superado el proceso selectivo adecuado para desempeñar una plaza de funcionario de carrera o de laboral fijo.

Se analizan a continuación las deficiencias de la normativa básica estatal o de competencia exclusiva del Estado en esta materia, concluyendo sobre su

Debe destacarse que la figura de la interinidad funcional es más favorable al empresario (Administración) que la normativa laboral, ya que conlleva la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa en lugar de la jurisdicción social (que es más tuitiva con el trabajador), la aplicación de las condiciones de trabajo funcionariales y de la normativa funcional, así como un régimen jurídico más flexible incluso que el de la contratación laboral temporal, que incluye la inexistencia de indemnizaciones por cese. En particular, en los casos de irregularidades en la interinidad funcional no son aplicables la figura del trabajador indefinido no fijo ni la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores. Además, a diferencia de lo establecido en el artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, el EBEP no establece límites al encadenamiento de interinidades.

MAURI MAJÓS destaca también cómo en el caso de las relaciones laborales temporales la Ley 35/2010 ha traído el incremento de la indemnización por finalización de los mismos, a diferencia de la interinidad funcional, que carece de dicha indemnización. Este autor recuerda, además, que la Directiva 99/70/CE es aplicable al ámbito público y que implica que el Derecho español debe contener medidas efectivas para evitar y sancionar la utilización abusiva de las relaciones temporales de duración determinada, medidas que considera que no se han adoptado por el legislador estatal. (MAURI MAJÓS, M., "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública", *QDL*, nº. 26, 2011).

Por todo ello, la doctrina ha señalado que es probable que se produzca un trasvase de personal laboral hacia personal interino, que además dará lugar a una mayor precariedad en el empleo público. (Así, DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, Mª.L., "El Estatuto Básico del Empleado Público: comentario al contenido en espera de su desarrollo", *RL*, nº. 18, 2007, y LÓPEZ GANDÍA, J., TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 45). Aunque debe matizarse que el nombramiento de personal funcionario interino procede si se trata de tareas que correspondan al personal funcionario, o, en todo caso, que no estén asignadas al personal laboral, según resulte de la normativa sobre empleo público aplicable en cada Administración Pública.

Este posible trasvase se ha calificado incluso como fenómeno inverso a la denominada "huída del Derecho Administrativo", debido a que la regulación de la interinidad funcional resulta menos tuitiva y más flexible que el Derecho laboral. (VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 174).

Esta parece ser la línea seguida por la propia Administración General del Estado, pues en las Instrucciones de 5 de junio de 2007, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos, al referirse a las interinidades por programas y por exceso o acumulación de tareas, señala que "el objetivo que se pretende conseguir es reducir al mínimo indispensable la utilización de las figuras de los contratos por obra o servicio y por circunstancias de la producción".

En todo caso, lo que interesa al presente trabajo de investigación es la utilización o prolongación de empleos públicos temporales con lesión del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE del resto de los ciudadanos, y, adicionalmente, la creación de masas de empleados precarios que acaban propiciando procesos de consolidación lesivos de dicho derecho fundamental.

carácter técnicamente deficitario. Dentro del citado análisis, deben distinguirse los siguientes aspectos:

a) Los límites a la duración de los empleos públicos temporales, distinguiendo entre el personal funcionario interino y los contratos laborales temporales.

b) La utilización de personal temporal para cubrir necesidades permanentes, analizando los siguientes supuestos:

- La utilización de interinidades funcionariales para cubrir necesidades permanentes.

- La rotación de distintos trabajadores temporales sobre un mismo puesto de trabajo.

c) El encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona.

A) Límites a la duración de los empleos públicos temporales

En este apartado procede analizar los límites a la duración de los nombramientos de personal funcionario interino (analizando la interinidad por vacante, la interinidad por sustitución transitoria del titular de la plaza y las interinidades por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas) y los límites a la duración de los contratos laborales temporales.

a) Personal funcionario interino

- Interinidad por vacante

El artículo 10.4 EBEP establece que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos en el caso a) (es decir, en los casos en que no se sustituye a funcionarios con derecho a reserva del puesto) deberán incluirse en la Oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

El artículo 5.2. de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, modificado por la Ley 24/2001, ya preveía de manera similar este caso, estableciendo *que "las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia deberán incluirse en la Oferta de empleo público inmediatamente posterior a la permanencia de un año del interino en su puesto, sin perjuicio de lo contemplado en el apartado c del párrafo anterior (que se refiere a la amortización de la plaza por causas sobrevenidas), para ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en la Ley, a excepción de las plazas ocupadas por*

interinos para sustituir a funcionarios con derecho a reserva de puestos de trabajo”.

El establecimiento expreso de esta obligación por la ley merece una crítica positiva, porque constituye un mecanismo eficaz para que el personal interino no se eternice en las plazas vacantes (exigiendo después su consolidación sin respeto a los principios de mérito y capacidad) y, de esta manera, se consigue la tramitación de los procesos selectivos de acceso a la condición de funcionario de carrera abiertos a la ciudadanía.

En todo caso, deben efectuarse varias matizaciones. En primer lugar, debe indicarse que el artículo 10.1.a) EBEP sólo prevé que la plaza ocupada por el funcionario interino sea incluida en la OEP, pero podría ser que se tratara de una plaza destinada a ser cubierta mediante un procedimiento de provisión interna entre funcionarios de carrera (normalmente concurso de méritos).

La redacción del Proyecto del Estatuto Básico de la Función Pública de 1999 era más afortunada porque establecía que las plazas ocupadas por funcionarios interinos nombrados por razones de necesidad y urgencia *“deberán incluirse en las Ofertas de empleo público correspondientes o ser objeto de provisión de acuerdo con los procedimientos establecidos en esta Ley”*. También es más afortunado el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local, que establece en su Disposición Adicional Primera que las plazas vacantes cubiertas por personal funcionario *interino “deberán incluirse necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo o en la primera Oferta de empleo público que se apruebe”*.

A este respecto, el artículo 65.5 de la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, establece que *“las plazas cubiertas por personal interino deberán ser incluidas en la primera Oferta de empleo público. En todo caso, la convocatoria, por parte de la Administración, de concursos de traslado entre funcionarios, deberá incluir necesariamente todas las plazas que en ese momento estén cubiertas por funcionarios interinos”*. Y el artículo 15.5 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León dispone que *“el puesto de trabajo cubierto interinamente habrá de ser incluido en el primer concurso anual que se convoque, sin perjuicio de que pueda incluirse en Oferta de puestos al personal funcionario de nuevo ingreso”*.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, establece en su artículo 8.4 que *“los puestos de trabajo ocupados por personal interino deberán figurar en los procedimientos de provisión y en la primera y sucesivas*

Ofertas públicas de empleo, excepto los supuestos de substitución de personal funcionario con derecho a reserva de plaza".¹¹¹³

Por otro lado, debe destacarse que la obligación de incluir en la Oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos (que no lo sean por substitución del titular) está directamente relacionada con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (artículo 23.2 CE), ya que, como se ha indicado, el incumplimiento de esta obligación provoca que, sin amparo legal, unas personas (interinos irregularmente prorrogados) se perpetúen en el desempeño de unas plazas, en perjuicio del derecho del resto de los ciudadanos a competir para cubrir dichas plazas mediante los correspondientes procesos selectivos libres. Así, el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de octubre de 2010¹¹¹⁴, ha señalado que no se trata solamente de un problema de ilegalidad, sino también de la lesión de un derecho fundamental, ya que "no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución que la negación de los procesos públicos de selección legalmente establecidos".

Como indica SÁNCHEZ MORÓN¹¹¹⁵, comentando esta sentencia, dado que la inclusión en la Oferta de empleo público de las mencionadas plazas es una obligación legal, es posible exigir su cumplimiento mediante el ejercicio de la correspondiente acción legal ante los órganos jurisdiccionales, incluso a través del

¹¹¹³ También el mencionado Informe del Defensor del Pueblo de 2003 proponía que la vacante ocupada transitoriamente por un interino o por un contratado laboral temporal, porque se considere necesario para el funcionamiento normal de los servicios y que no sea de carácter temporal, sea obligatoriamente incluida en la provisión reglamentaria de puestos de trabajo del año siguiente o, en su defecto, en la siguiente Oferta de empleo público que se apruebe, salvo que el puesto de trabajo esté reservado para un funcionario de carrera o para un contratado laboral fijo. Y, en caso de incumplimiento de esta previsión, que se produzca la automática amortización de la plaza.

¹¹¹⁴ Esta STS de 29 de octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso Administrativo declaró nulo el Decreto 67/2007, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2007 de la Comunidad Autónoma de Aragón, por omitir la inclusión de todas las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos.

¹¹¹⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., "Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección. Septiembre de 2011". En dicho Informe, pg. 10, se expone claramente que el incumplimiento de este deber "beneficia en exclusiva a quienes accedieron a un empleo público de manera supuestamente provisional mediante criterios de selección poco o menos rigurosos incluso, en no pocos casos, sin publicidad y competencia alguna, y excluye la posibilidad del resto de los ciudadanos de participar en procedimientos de selección en condiciones de igualdad".

En dicho Informe se señala también que es notorio el incumplimiento de la obligación del artículo 10.4 EBEP por las Administraciones Públicas, ya que "no ha disminuido en el conjunto de las Administraciones Públicas el porcentaje de personal interino y contratado no fijo, según se deduce de los últimos datos de la Encuesta de Población Activa y del Registro Central de Personal, cuando, de haberse aplicado correctamente el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público, se tenía que haber producido una drástica reducción de ese porcentaje".

procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, por verse afectado el reconocido en el artículo 23.2 CE.¹¹¹⁶

Y, como ha señalado la citada STS de 29 de octubre de 2010, no cabe oponer frente a esta obligación motivos relativos a la potestad de autoorganización de la Administración, ni relativos a cuestiones presupuestarias, ni basarse en criterios negociados, planes estratégicos, externalizaciones inminentes o pretextos similares. En particular, señala la sentencia que “tampoco cabe alegar motivos económicos y de autoorganización, pues las plazas están presupuestadas y ocupadas por funcionarios interinos”, concluyendo que en el caso de las plazas vacantes (que están dotadas e incluidas en la plantilla presupuestaria de personal) cubiertas por interinos existe un acto propio de la Administración que reconoce la necesidad prolongada de las plazas por lo que ninguna razón hay para demorar su cobertura pronta por funcionario de carrera.

Ahora bien, la obligación de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos prevista en el artículo 10.4 EBEP ha de ser puesta en relación con las limitaciones que imponen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a las Ofertas de empleo público. La Ley 30/1984, modificada por la Ley 13/1996, pasó a establecer que *“anualmente, y de acuerdo con las prioridades de la política económica y las necesidades de la planificación de los recursos humanos, las Leyes de Presupuestos señalarán los criterios aplicables a la Oferta de Empleo del Sector Público Estatal”*. Y, con carácter básico, la Ley 12/1996, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado dispuso que el número de plazas de nuevo ingreso no podría superar el 25 por 100 de la tasa de reposición de efectivos, debiéndose concentrar en los sectores, funciones y categorías profesionales que se considerasen absolutamente prioritarios, salvo en algunos supuestos excepcionales, como el ámbito militar, de justicia, educativo y de policía autonómica. También puede indicarse que las posteriores Leyes de Presupuestos Generales del Estado continuaron con esta línea restrictiva, si bien el porcentaje límite sobre la tasa de reposición fue del 100% desde 2003 hasta 2008 (en virtud de Acuerdos sucritos por el Gobierno para reducir la temporalidad convocando procesos selectivos), bajando al 30% en 2009, 15% en 2010 y 10% en 2011.¹¹¹⁷

La obligación de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos a partir de la Ley 24/2001 se recogió en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado, pero indicándose que estas plazas

¹¹¹⁶ No es objeto del presente trabajo de investigación analizar las vías procesales a estos efectos, pero ya el citado Informe elaborado por SÁNCHEZ MORÓN, en relación con la obligación de convocar los procesos selectivos derivados de la Oferta de empleo público, expone que cabe impugnar la eventual desestimación presunta o expresa de una solicitud de convocatoria formulada por el interesado, o bien acudir al recurso contra la inactividad de la Administración, que debe ejecutar sus propios actos.

¹¹¹⁷ Aunque siempre se exceptiona de este límite determinados casos como las Fuerzas Armadas, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Administración de Justicia, Cuerpos de funcionarios docentes, personal de prevención y extinción de incendios y Policía local, fundamentalmente.

computaban para el límite del porcentaje de la tasa de reposición y que debían de incluirse dentro del citado límite. Así, desde la Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, se añadió que dentro del citado límite, la Oferta de empleo público incluiría todos los puestos y plazas desempeñados por personal interino¹¹¹⁸, nombrado o contratado a partir de una determinada fecha: en los dos ejercicios anteriores (Leyes 52/2002 y 61/2003) y en el ejercicio anterior, según las Leyes 2/2004, 30/2005, 42/2006, 51/2007 y 2/2008. Por tanto, se obligó a incluir en las OEP los puestos ocupados por personal interino reciente.¹¹¹⁹

Tras la entrada en vigor del EBEP, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado (desde la Ley 51/2007), han continuado estableciendo la obligatoriedad de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por interinos, de acuerdo con el artículo 10.1.a) EBEP, pero no solamente de los contratados en el ejercicio anterior, sino también de los contratados o nombrados “*con anterioridad*”.¹¹²⁰ Ahora bien, señalando que estas plazas deben incluirse dentro del mencionado límite establecido en cada Ley anual (el porcentaje de la tasa de reposición de efectivos). En todo caso, desde la Ley 26/2009 sí se excluyen del límite del porcentaje de la tasa de reposición de efectivos las plazas que estén incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la Disposición Transitoria Cuarta EBEP.¹¹²¹

Sobre la incidencia de los límites presupuestarios en la obligación de incluir las plazas vacantes en la OEP se ha pronunciado SÁNCHEZ MORÓN¹¹²², indicando que “el legislador presupuestario debería ser más flexible (...) diferenciando entre las plazas vacantes no ocupadas, para las que la aplicación de la tasa de reposición, por estricta que sea, no suele plantear problemas de gestión, y las vacantes desempeñadas por interinos”. Aunque también concluye que, “en cualquier caso y dejando de lado estas propuestas de *lege ferenda*, ni el artículo 23.1 de la vigente Ley de Presupuestos Generales del Estado ni sus precedentes o, eventualmente, los preceptos que lo reproduzcan para posteriores ejercicios

¹¹¹⁸ Aunque se excluye los puestos ocupados por interinos si existe una reserva de puesto o están incursos en procesos de provisión.

¹¹¹⁹ En cuanto al personal interino anterior, se siguió incentivando la inclusión de sus plazas en la OEP, porque se permitía (no se obliga) a las Administraciones convocar los puestos o plazas que, estando presupuestariamente dotados e incluidos en sus relaciones de puestos de trabajo, catálogos o plantillas, se encontraran desempeñados interina o temporalmente, sin que ello computara para el límite del porcentaje de la tasa de reposición.

¹¹²⁰ Salvo, lógicamente, aquellos puestos sobre los que exista reserva de puesto, estén incursos en procesos de provisión o se decida su amortización.

¹¹²¹ Esta previsión facilita los procesos de consolidación de empleo temporal, ya que no computan para el límite, mientras que la cobertura de esas mismas plazas a través de procesos de selección “normales” sí computa, por lo que la mencionada norma presupuestaria merece una crítica negativa, por incentivar los procesos de consolidación de empleo temporal en los términos discriminatorios de la Disposición Transitoria Cuarta EBEP.

¹¹²² SÁNCHEZ MORÓN, M., “Informe jurídico...”, op.cit., pg. 15 y ss.

pueden constituir una excusa válida para dispensar a cualquier Administración Pública del cumplimiento de la Ley, esto es, de lo que dispone el artículo 10.4 del Estatuto Básico del Empleado Público”.

Pero lo cierto es que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado tienen, como tales leyes, el mismo rango que el EBEP, y son norma posterior, por lo que, aunque exista la obligación de incluir una plaza vacante en la OEP en virtud del artículo 10.4 EBEP, si se supera el límite presupuestario, no es posible incluir dicha plaza en la OEP.

La cuestión es si deben o no ser amortizadas las plazas vacantes desempeñadas por interinos que no se incluyan en la OEP porque superan el límite fijado en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Según el artículo 10.4 EBEP, habría que incluirlas en la siguiente OEP (que sería la del ejercicio siguiente, dado que las OEP han de ser anuales, según el EBEP). Pero si esto finalmente no resulta tampoco posible, entonces debe entenderse que existe la obligación de amortizarlas, pues el EBEP no da otra salida, ya que prevé o bien la inclusión en la OEP, o bien la amortización de la plaza. Ahora bien, sería conveniente que dicho artículo 10.4 EBEP lo aclarase así expresamente, para evitar que las Administraciones Públicas reticentes a amortizar plazas ocupadas por interinos realicen otras interpretaciones de lo dispuesto en el citado artículo 10.4 EBEP.

Por tanto, de acuerdo con la legislación vigente (artículo 10.4 EBEP), las Administraciones Públicas tienen la obligación de incluir las plazas vacantes (sin reserva de puesto) ocupadas por personal funcionario interino en la Oferta de empleo público (del ejercicio del nombramiento o del ejercicio siguiente), y si no lo hacen, o incluso si no pueden (en el caso de que lo impidan las limitaciones de la Ley de Presupuestos Generales del Estado) deben amortizar inmediatamente dichas plazas. Esto, por tanto, no es una propuesta de *lege ferenda*, sino la conclusión a que se llega con la legislación vigente.

No obstante, dado que es posible que las Administraciones Públicas eludan este razonamiento jurídico, es necesario que la propia Ley del Estatuto Básico del Empleado Público recoja expresamente la regla de que, si no se pueden incluir esas plazas en la OEP debido a las limitaciones impuestas por las leyes de Presupuestos, entonces sean indefectiblemente amortizadas.

No debe olvidarse, además, que si la Administración Pública afectada por los límites presupuestarios no oferta las plazas, pero mantiene en ellas al personal interino, está manteniendo el mismo gasto que si las cubriera con personal fijo, incluso el gasto es mayor, pues el personal fijo de nuevo ingreso no percibe trienios.

Por otra parte, el principal problema del artículo 10.4 EBEP es asegurar su cumplimiento. Así, indica DE SANDE PÉREZ-BEDMAR que la inclusión en la Oferta de empleo público de las plazas ocupadas por el personal funcionario interino depende de la voluntad de la Administración Pública, que es la que

aprueba la Oferta de empleo público y procede a la provisión de puestos, sucediendo que “la Administración como empleadora tiene en sus manos la capacidad de poner fin a una determinada situación de interinidad o bien de mantenerla por un tiempo no determinado”, y “prevalece la índole organizativa de esta cuestión”.¹¹²³ En esta misma línea, PUERTA SEGUIDO concluye que la efectividad de la medida dependerá de la mayor o menor voluntad política de aplicarla.¹¹²⁴

En definitiva, la doctrina viene señalando que la medida legal del artículo 10.4 EBEP carece de eficacia porque no va acompañada de los mecanismos legales sancionadores y coercitivos correspondientes.¹¹²⁵ Así, los plazos son sistemáticamente incumplidos por las Administraciones Públicas¹¹²⁶, ocurriendo que los interinos pueden eternizarse en sus puestos si la Administración no aprueba la Oferta de empleo público o si, aprobada ésta, no convoca los correspondientes procesos selectivos.¹¹²⁷ En esta línea, ya el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998 aludía a la necesidad de establecer mecanismos adicionales que aseguraran una estricta aplicación de la normativa sobre interinidades, para evitar que se perpetuase el problema de las bolsas de personal interino.

En todo caso, debe indicarse que, una vez que existe la norma legal expresa del artículo 10.4 EBEP, cualquier interesado (lo que incluye también a las asociaciones legitimadas) puede exigir judicialmente el cumplimiento de la obligación de incluir en la Oferta de empleo público las plazas ocupadas por interinos. Hasta el momento, el ejercicio de la acción judicial ha dado como resultado la anulación de aquellas Ofertas de empleo público que no incluyen las plazas ocupadas por interinos (STS de 29 de octubre de 2010).

Pero parece necesario, para garantizar eficazmente el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, adoptar medidas legales adicionales. Debe destacarse que algunas leyes autonómicas utilizan expresiones más contundentes que el EBEP. Así, según el artículo 87.5 de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, el incumplimiento de la obligación de incluir las plazas vacantes en la OEP da lugar a la automática amortización de la vacante y al cese de quien interinamente la ocupaba. En iguales términos se expresa el artículo 92.2 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública

¹¹²³ DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., *Empleo y prestación...*, op.cit., pg. 283 y ss.

¹¹²⁴ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 201.

¹¹²⁵ BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 167, y LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 37.

¹¹²⁶ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza...”, op.cit., pg. 154.

¹¹²⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 99.

Vasca. Sin embargo, nada dicen expresamente leyes autonómicas más modernas sobre el incumplimiento de esta obligación.¹¹²⁸

- Interinidad por sustitución transitoria del titular de la plaza

Este supuesto no plantea problemas respecto de la posible perpetuación del interino, ya que el titular del puesto va a regresar. Sin embargo, indica SÁNCHEZ MORÓN¹¹²⁹ que también el EBEP debería haber previsto el caso en que pueda extinguirse el derecho a la reserva del puesto del funcionario sustituido, lo cual sí estaba previsto en el artículo 5.2.b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual el interino debía cesar, a efectos de garantizar la transitoriedad de la interinidad. En esta línea, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, establece en su artículo 9 que el cese del personal funcionario interino se produce, en los casos de sustitución transitoria del funcionario que ocupa la plaza, cuando éste se reincorpore o cuando se extinga su derecho a la reincorporación a la plaza. Esta misma previsión debería figurar expresamente en el EBEP.

- Las interinidades por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas

El EBEP (artículo 10.1 c) y d)) admite también el nombramiento de personal funcionario interino para los casos de ejecución de programas temporales y exceso o acumulación de tareas, pero la regulación de la duración de estas interinidades funcionariales es deficiente.

En primer lugar, el artículo 10.1.c) EBEP no ha fijado la duración máxima de la interinidad por ejecución de programas. Esto parece deberse a que, al tratarse de ejecutar un programa temporal, la interinidad tendrá la duración que éste marque.¹¹³⁰ Sin embargo, ya el Informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998 señaló, en cuanto al nombramiento de interinos para la ejecución de programas temporales, que la "duración determinada" de los programas temporales carecía de límites máximos y además no obstaba a las sucesivas

¹¹²⁸ Tales como las Leyes 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, o 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

¹¹²⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 98.

¹¹³⁰ En este sentido, alude MAURI MAJÓS al "elevado grado de imprecisión con que se maneja el concepto de programa de carácter temporal", si bien intenta delimitar dicho concepto concluyendo que tiene como límite "aquellos servicios de carácter obligatorio o de aquellas actividades de naturaleza estructural propias de la Administración general de la entidad local". (MAURI MAJÓS, M., "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública", *QDL*, nº. 26, 2011).

prórrogas, lo que “podría traducirse en la existencia *de facto* de interinos perpetuos”.

Al respecto, algunas leyes de desarrollo han intentado poner límites a la duración de este tipo de interinidades. Así, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en relación con las interinidades funcionariales para la ejecución de programas, establece en su artículo 8 que la duración de los programas no puede ser superior a dos años. En caso de que el programa se hubiera aprobado con una duración inferior a la máxima, puede prorrogarse, por una única vez, sin que la duración total pueda exceder de dicha duración máxima. También la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, en su artículo 16.1 establece el cese del funcionario interino nombrado para la ejecución de programas temporales en todo caso a los dos años, aunque, excepcionalmente, cuando la naturaleza del programa lo requiera, podrá autorizarse una prórroga de un año, previo informe de la Inspección General de Calidad, Organización y Servicios.

El mismo plazo es establecido por la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, cuyo artículo 15 señala que el personal interino cesará automáticamente en el desempeño del puesto de trabajo, “*cuando transcurra el plazo máximo de dos años desde la toma de posesión*”. Por tanto, no limita la aplicación de este límite temporal a ningún tipo de interinidad en particular. Por su parte, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, no fija el límite temporal máximo, pero sí establece en su artículo 16, sobre personal funcionario interino para la ejecución de programas de carácter temporal y de duración determinada, que su plazo máximo deberá hacerse constar expresamente en el nombramiento, y que deberán responder a necesidades no permanentes de la administración.

En cuanto a la interinidad por exceso o acumulación de tareas, ésta sí tiene fijado un límite temporal máximo en el EBEP, de 6 meses.¹¹³¹

Adicionalmente al problema de la fijación legal de la duración máxima de algunas interinidades, sucede que el EBEP no establece mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento de esta duración máxima, sino que se limita a establecer en su artículo 10.3 que “*el cese de los funcionarios interinos se producirá, además de por las causas previstas en el artículo 63, cuando finalice la causa que dio lugar a su nombramiento*”. Así, debe entenderse que, superado el

¹¹³¹ Aunque dicho límite de doce meses plantea dudas interpretativas sobre el inicio del cómputo. Al respecto, LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ entienden que el cómputo ha de realizarse desde la fecha en que se experimenta el exceso o acumulación de tareas: desde ese momento la Administración cuenta con doce meses para nombrar al interino y, cuando lo nombre, la interinidad tendrá el límite de duración de seis meses. (Ver LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 10 y ss).

Por otro lado, parece que los nombramientos sucesivos que se hagan a favor de un funcionario interino para las mismas necesidades, se acumulan a efectos del cómputo del límite, de modo que no pueden superar el máximo de seis meses en total si no han transcurrido más de doce meses desde su inicio: interpretación laboral.

límite temporal, se extingue la situación de interinidad, de manera que el funcionario interino debe ser automática e inmediatamente cesado.¹¹³²

Así lo han establecido algunas leyes autonómicas, tales como el artículo 8.3 del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de Galicia, para el transcurso del plazo máximo de duración de la interinidad por exceso o acumulación de tareas, así como, para este caso y el del transcurso de la duración máxima de los programas temporales, los artículos 9.2 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, 16.1 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, y 15 de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León.

No obstante, LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ¹¹³³, por analogía con la contratación laboral, entienden que las irregularidades o fraudes que la Administración Pública cometa en el nombramiento de funcionarios interinos por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas, deben dar lugar a la consideración del funcionario interino como indefinido no fijo o, al menos, como interino por vacante, de modo que el interino tendrá derecho a permanecer ocupando la plaza hasta que sea ocupada por los procesos correspondientes. Sin embargo, no parece posible extender al ámbito funcional la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, que ha sido elaborada en el ámbito laboral, debido a la existencia de las normas tuitivas del Estatuto de los Trabajadores, que decretan la conversión del contrato temporal en indefinido. Estas normas tuitivas no tienen aplicación ninguna a las interinidades funcionariales.¹¹³⁴

Una vez aclarado que, alcanzado el límite máximo de duración, el funcionario interino nombrado para la ejecución de un programa temporal debe ser cesado, se plantea qué mecanismos pueden asegurar este cese si la Administración Pública no actúa con diligencia. En primer lugar, debe indicarse que no resulta aplicable el mecanismo del artículo 10.4 EBEP sobre inclusión de plazas en la OEP, ya que sólo se refiere al supuesto de las interinidades por vacante del artículo 10.1.a) EBEP. Además, en todo caso, sería muy difícil aplicar este mecanismo, ya que las interinidades funcionariales por ejecución de programas y por exceso de tareas no suelen recaer sobre plazas que figuren en la relación de puestos de trabajo. Por tanto, más que de incluir en la Oferta de empleo público plazas vacantes, de lo que se trata es de cesar al personal interino una vez

¹¹³² Y, en caso de que no sea cesado, no entran en juego las normas laborales tuitivas de la contratación laboral temporal irregular que desembocan actualmente en la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, ya que no se trata de una relación laboral.

¹¹³³ LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 51.

¹¹³⁴ Los citados autores acaban proponiendo la implantación de *lege ferenda* de una figura común para laborales temporales y funcionarios interinos en caso de abusos, que sería similar a la del laboral indefinido no fijo, y que incluiría una indemnización al extinguirse la relación, incluso en caso de cobertura del puesto por los procedimientos legalmente establecidos o amortización de la plaza. (LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 53).

alcanzada la duración máxima. Así, si la Administración Pública realmente necesita personal para una nueva necesidad permanente, lo que hará es crear la plaza en la RPT, dotarla presupuestariamente e incluirla en la OEP.

Siguiendo a BOLTAINA BOSCH¹¹³⁵, y con referencia a las interinidades funcionariales por exceso o acumulación de tareas, cabe concluir que la normativa no ha establecido consecuencias jurídicas para el caso de mal uso de esta modalidad de interinidad, tanto en el supuesto de que realmente no se acredite el supuesto de hecho habilitante (exceso o acumulación de tareas), el nombramiento se prolongue más allá del límite legalmente establecido (6 meses) o se encadenen este tipo de interinidades. Al respecto, indica BOLTAINA BOSCH¹¹³⁶ que lo más lógico sería la transformación en interinidad por plaza vacante, pero es posible que dicha plaza no exista en la plantilla o en la relación de puestos de trabajo. Concluye el citado autor que el interino continuará prestando servicios como tal en situación irregular, sin mayor consecuencia que su estatus provisional, ya que su cese se producirá “cuando el funcionario afectado supere algún proceso selectivo, cause baja por amortización o por finalización del vínculo decretado por la autoridad administrativa competente”. Esto significa que el EBEP ha dejado en manos de la autoridad concreta la decisión de perpetuar a estos interinos.

Precisamente en referencia a las interinidades funcionariales irregularmente prolongadas, VILLANUEVA PUERTOLLANO¹¹³⁷ espera que la jurisdicción contenciosa no acabe creando un “funcionario cuasi-de-carrera sin plaza en plantilla” en paralelismo a la figura del trabajador indefinido no fijo, como mecanismo para proteger los intereses de los funcionarios interinos perpetuados irregularmente.

b) Contratos laborales temporales

Debe precisarse en primer lugar que el presente apartado no tiene por objeto determinar qué sucede cuando el trabajador ha excedido los límites de la contratación laboral temporal (en cuyo caso entra en juego la figura del trabajador indefinido no fijo), sino que se trata de analizar los mecanismos que eviten que se produzca o se prolongue la contratación laboral temporal de forma irregular. Por tanto, no se trata de analizar los efectos de la contratación laboral irregular, sino de analizar los mecanismos para evitar que la misma llegue a producirse. A este respecto, las normas que regulan la duración de los contratos laborales temporales plantean problemas interpretativos y aplicativos, especialmente en el caso del contrato de interinidad para cubrir una vacante mientras se tramita el proceso de

¹¹³⁵ BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 173.

¹¹³⁶ BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 174.

¹¹³⁷ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 118.

cobertura de la misma.¹¹³⁸ Así, el Real Decreto 2720/1998 establece que el contrato temporal de interinidad por vacante (sin reserva del puesto para el titular) se extingue por el transcurso del plazo que resulte de aplicación al proceso de selección en la Administración Pública. Esta regla, plantea el problema de que haya Administraciones Públicas que no tengan regulado el plazo máximo de duración de los procesos selectivos, o que simplemente no incluyan la plaza en la Oferta de empleo público, de modo que, difiriéndose o no tramitándose el proceso selectivo, el personal laboral interino se mantiene en el puesto de trabajo *ad eternum*.

En segundo lugar, debe destacarse que el EBEP no ha implantado mecanismos que permitan controlar eficazmente que los contratos laborales temporales no se extienden más allá del límite legal máximo. En particular, no contiene una norma equivalente a la de su artículo 10.4, que obliga a incluir en la Oferta de empleo público o amortizar las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos.¹¹³⁹

En todo caso, una norma equivalente a la del artículo 10.4 EBEP sería útil para el caso de contratos laborales temporales de interinidad por vacante sin reserva de puesto, pero debe indicarse que la contratación laboral temporal también se realiza por las Administraciones Públicas sin vinculación a puestos de trabajado que figuren en la relación de puestos de trabajo, en cuyo caso no es operativa la citada regla del artículo 10.4 EBEP. Efectivamente, la contratación de personal laboral temporal se ha venido realizando también para ejecutar programas de carácter temporal o para cubrir situaciones de exceso o acumulación de tareas, utilizando, respectivamente, los contratos laborales temporales de obra

¹¹³⁸ En cuanto al contrato de obra o servicio determinado, la ley sí ha fijado límites temporales máximos, ya que el artículo 15.1.a) ET ha establecido que, en todo caso, “*no podrán tener una duración superior a tres años*”, ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Pero la Disposición Adicional 15ª ET establece que “*lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de Ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años*”.

También, en cuanto al contrato temporal de eventualidad, el artículo 15.1.b) ET establece que “*podrán tener una duración máxima de 6 meses, dentro de un período de 12 meses, contados a partir del momento en que se produzcan dichas causas. Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se puedan realizar en atención al carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. En tal supuesto, el período máximo dentro del cual se podrán realizar será de 18 meses, no pudiendo superar la duración del contrato las tres cuartas partes del período de referencia establecido ni, como máximo, 12 meses*”.

¹¹³⁹ Esta diferencia de regulación entre personal funcionario y personal laboral ha sido criticada por autores como FONDEVILA ANTOLÍN (ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 85).

o servicio determinado y de eventualidad. Y estos trabajadores no desempeñan puestos de la relación de puestos de trabajo. Especialmente llamativo es el caso de la contratación laboral temporal para ejecutar programas temporales, utilizando la figura del contrato de obra o servicio determinado. Estas contrataciones se han realizado con cargo a los créditos de inversiones y ha sido una práctica habitual en las Administraciones Públicas, que les permite no consignar dichas contrataciones como gastos de personal en el Capítulo I del Estado de Gastos del Presupuesto, así como estos trabajadores no ocupan plazas de la relación de puestos de trabajo.

La situación ya existía con la Ley 30/1984, que establecía en su artículo 15.1.f) que el requisito de que el contrato laboral se realice para desempeñar un puesto de trabajo que figure en la relación de puestos de trabajo no se exigía *“cuando se trate de realizar tareas no permanentes mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al Capítulo de inversiones”*.

Respecto a la duración del personal laboral temporal contratado para ejecutar programas temporales, y a diferencia de lo que sucede con el personal funcionario interino, aquí sí existe una regla aplicable, pues el contrato a celebrar es el de obra o servicio determinado, resultando aplicable el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, que dispone que *“estos contratos no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”*. Aunque, esta regla, según la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores *“no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años”*.¹¹⁴⁰

En todo caso, consciente de los abusos que se cometían con la contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado establecieron algunas garantías. Así, el artículo 36 de la Ley 23/2001, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del

¹¹⁴⁰ Y ello sin perjuicio de que, para ejecutar programas temporales, pueda utilizarse el contrato indefinido y después proceder a extinguirlo de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.e) del Estatuto de los Trabajadores, según el cual podrá extinguirse el contrato laboral *“en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por Entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate”*. Ahora bien, se trata de un contrato laboral indefinido que habrá sido celebrado en virtud del correspondiente proceso selectivo.

Estado para el año 2002, estableció, en relación con estas contrataciones, que *“en los contratos se hará constar, cuando proceda, la obra o servicio para cuya realización se formaliza el contrato y el tiempo de duración, así como el resto de las formalidades que impone la legislación sobre contratos laborales, eventuales o temporales. Los departamentos, Organismos o Entidades habrán de evitar el incumplimiento de las citadas obligaciones formales, así como la asignación de personal contratado para funciones distintas de las determinadas en los contratos, de los que pudieran derivarse derechos de permanencia para el personal contratado, actuaciones que, en su caso, podrán dar lugar a la exigencia de responsabilidades, de conformidad con el artículo 140 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.”*

También añadía que estos contratos habrían de ser *“informados, con carácter previo a su formalización, por la Abogacía del Estado en el Departamento, organismo o entidad que, en especial, se pronunciará sobre la modalidad de contratación utilizada y la observancia en las cláusulas del contrato de los requisitos y formalidades exigidos por la legislación laboral”*. Y también recordaba que dichos contratos estaban sometidos a fiscalización previa en los casos en que la misma resulte preceptiva, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 92 a 99 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria.

Las mismas previsiones se contenían en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Sin embargo, la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 se limita a repetir lo dispuesto sobre informe y fiscalización preceptivos, pero suprime el resto de previsiones sobre responsabilidad.

Ahora bien, estas previsiones en todo caso son insuficientes. El recordatorio del deber de cuidar la aplicación de la legislación vigente es superfluo, y el informe de la asesoría jurídica y el control de los órganos de Fiscalización no son útiles con la configuración que actualmente tienen, pues la legislación no establece suficientes límites para la perpetuación del personal laboral contratado por eventualidad o para la ejecución de programas temporales, y además ambos mecanismos (informe y fiscalización) no operan si los contratos se prorrogan tácitamente más allá del límite legal, sino que, para entrar en juego, precisan que se tramite un contrato o prórroga documentados que se someta a su examen.

B) Utilización de personal temporal para cubrir necesidades permanentes

- La utilización de interinidades funcionariales para cubrir necesidades permanentes

Como se ha visto, el artículo 10.4 EBEP combate el mantenimiento de personal funcionario interino desempeñando plazas vacantes, ordenando que

éstas sean incluidas en la OEP o amortizadas. Pero la utilización de personal temporal para necesidades estructurales también se articula irregularmente a través de los dos nuevos supuestos de interinidad funcional por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas, que han sido introducidos con carácter básico por el EBEP, en línea con la recomendación contenida en el Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP¹¹⁴¹, que a su vez recogía lo que ya viene siendo una práctica en diversas Administraciones Públicas. Estos dos supuestos constituyen la traslación al ámbito funcional de las modalidades de contratación laboral temporal de obra y servicio determinado y por eventualidad¹¹⁴², y su inclusión ha sido criticada por abrirse “una nueva puerta a la temporalidad al aumentar los supuestos en los que resulta factible la utilización del nombramiento de funcionarios interinos”¹¹⁴³.

Estos recelos se deben fundamentalmente a la probabilidad de que estas dos nuevas modalidades sean utilizadas para cubrir necesidades estructurales. En particular, en el caso de la interinidad para ejecución de programas se plantea la cuestión de qué actividades de una Administración Pública son susceptibles de ser objeto de programas temporales. Al respecto, el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998 atribuía a las interinidades por ejecución de programas temporales las “actividades no habituales de la Administración”. También algunas leyes autonómicas han establecido expresamente que los programas no deben tener por objeto actividades estructurales. Así, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-

¹¹⁴¹ El citado Informe señala que “la Comisión propone que en el Estatuto Básico del Empleado Público se prevea la posibilidad de nombrar personal funcionario o laboral de carácter interino o temporal para (...) subvenir a situaciones extraordinarias de necesidad y urgencia o para la ejecución de programas de carácter temporal”. En todo caso, la extensión del ámbito de las interinidades, especialmente al caso de la ejecución de programas temporales, ya figuraba en el Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto Básico de la Función Pública de 1998. Ver también PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, op.cit., pg. 84.

¹¹⁴² La Ley de Funcionarios Civiles del Estado solamente disponía originariamente en su artículo 5.2 que “son funcionarios interinos los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupen plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”. Ver LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 43, BOLTAÍNA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 170 y 171, y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M^a.L., “El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo”, *RL*, n^o. 18/2007.

¹¹⁴³ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 108, y RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 97.

Incluso se ha entendido que esta ampliación equivale a la reintroducción del contrato administrativo, pues no hay realmente diferencias entre el contrato administrativo y el personal interino nombrado para tareas o programas temporales o acumulación de tareas, salvo la diferencia formal de que el contrato administrativo es un contrato, mientras que a la interinidad se accede por nombramiento unilateral administrativo. (PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 10 y ss). Aunque debe indicarse que sí existe una diferencia de gran importancia, consistente en que, para elegir a la persona con quien celebrar el contrato administrativo no se tramita el proceso selectivo necesario para nombrar un funcionario interino.

La Mancha, establece en su artículo 8 que podrá nombrarse personal funcionario interino para *“la ejecución de programas de carácter temporal de duración determinada para la realización de actividades no habituales o para el lanzamiento de una nueva actividad”*.¹¹⁴⁴ También la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, en su artículo 16 permite el nombramiento de personal funcionario interino para *“la ejecución de programas de carácter temporal y de duración determinada (...) y que respondan a necesidades no permanentes de la administración”*.

La cuestión es muy similar a la que en su día se planteó con la utilización del contrato laboral temporal de obra o servicio determinado por las Administraciones Públicas en los casos en que se ejecutaban programas temporales. En esta línea, LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ trasladan al ámbito de las interinidades funcionariales la doctrina jurisprudencial sobre los contratos de obra y servicio determinado para ejecución de programas, entendiendo que sólo procede en estos casos la interinidad si las tareas a realizar tienen *“una vida separable de la actividad permanente, con un principio y un fin definidos objetivamente”*, de modo que *“las actividades que desarrolle el programa no deben suponer un desarrollo normal o genérico de una actividad que ya se prestase antes de su celebración”*.¹¹⁴⁵ También SÁNCHEZ MORÓN¹¹⁴⁶ entiende que no deben incluirse dentro de los programas de carácter temporal del artículo 10.1 EBEP aquellos que respondan en realidad a necesidades permanentes, así como aquellos que, aún teniendo un plazo determinado de duración, se reiteran indefinidamente, de manera que en estos casos el nombramiento de personal interino es un auténtico fraude de ley.

Pero quizás, teniendo en cuenta la dificultad que, en el Sector Público y en las actividades administrativas, existe para deslindar cuándo una actividad es accidental o estructural, lo más adecuado para evitar el uso de interinidades funcionariales para tareas que son permanentes sea fijar por ley una duración máxima a dichas interinidades¹¹⁴⁷, así como la prohibición de reiterar programas temporales con el mismo objeto.

Además, no sólo se trata de que existan programas temporales que tienen por objeto tareas estructurales, sino que, además, la normativa no prohíbe el nombramiento de personal funcionario interino para programas temporales que

¹¹⁴⁴ Asimismo, la anterior Ley 3/1988, de 13 de diciembre, de Castilla la Mancha, en su artículo 6 exigía que se tratara de programas temporales que respondieran *“ordinariamente a actividades no habituales de la Administración”*.

¹¹⁴⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pg. 48.

¹¹⁴⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., *“Capítulo Segundo: clases de personal”*, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., Lex Nova, Valladolid, 2008, pg. 97.

¹¹⁴⁷ Esto es lo que ha hecho el legislador para en el caso de la interinidad funcional por exceso o acumulación de tareas, fijando un límite temporal máximo de 6 meses.

sean reiteración o reproducción de programas anteriores, lo cual es un ejemplo de uso de personal temporal para necesidades permanentes.

Siguiendo a LÓPEZ GANDÍA y TOSCANI GIMÉNEZ¹¹⁴⁸, puede señalarse que el EBEP presenta “límites difusos” y que deja en muchos casos a la discrecionalidad de la Administración el nombramiento y el cese de funcionarios interinos, siendo posible “de hecho” nombrarlos para funciones estructurales o permanentes. Por ello, entienden que es preciso que las normas autonómicas precisen más el régimen de duración de estas figuras, pues, en caso contrario, podría vulnerarse la Directiva 99/79/CE, que prevé la existencia de controles sobre la duración de las relaciones laborales.¹¹⁴⁹

- La rotación de distintos trabajadores temporales sobre un mismo puesto de trabajo

La rotación de trabajadores temporales sobre un mismo puesto de trabajo no es admisible, porque implica la utilización de la contratación laboral temporal para necesidades permanentes o estructurales. Por tanto, la ley debe impedir que se pueda producir dicha rotación. En este sentido, parte de la doctrina ya ha señalado que la legislación debería prevenir el uso rotativo de distintos trabajadores interinos para ocupar un mismo puesto de trabajo, de manera que la Administración Pública no pueda contratar a más trabajadores temporales para cubrir el mismo puesto, quedando compelida a proveerlo por el correspondiente procedimiento legal con personal laboral fijo.¹¹⁵⁰

Sin embargo, del tenor del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores se desprende que la ley permite el encadenamiento de contratos laborales temporales con distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo, de manera que el legislador no ha puesto coto definitivamente a prácticas de encadenamiento abusivas.¹¹⁵¹

Para compensar este efecto no deseado, el segundo párrafo del mismo artículo 15.5 del ET, atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de establecer requisitos para evitar el abuso en la contratación rotativa de trabajadores

¹¹⁴⁸ LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal...*, op.cit., pgs. 52 y 53.

¹¹⁴⁹ Aunque esta Directiva solo se refiere al encadenamiento de contratos laborales temporales.

¹¹⁵⁰ Ver en este sentido LIMÓN LUQUE, M.A., “La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *Revista del Trabajo*, nº. 99, 1990.

¹¹⁵¹ MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, *AS*, nº. 18/2007.

temporales para cubrir el mismo puesto de trabajo¹¹⁵², pero, como indica MATORRAS DÍAZ CANEJA, esta tarea “en absoluto resulta fácil de acometer con éxito”. Además, el propio artículo 15.5 ET establece que lo dispuesto en dicho apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos de interinidad, por lo que la ley incluso excluye la posibilidad de que la negociación colectiva limite la rotación en este caso.

La problemática de la rotación de trabajadores temporales sobre un mismo puesto de trabajo se habría visto muy limitada, en el caso de los contratos laborales de interinidad para cubrir vacantes, si el EBEP hubiera establecido, para la interinidad laboral, una norma equivalente a la contenida en su artículo 10.4, que obliga a incluir en la Oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos, o bien amortizarlas. Pero no ha ocurrido así, de manera que la Administración Pública acaba manteniendo la cobertura del puesto de trabajo vacante mediante la contratación de trabajadores interinos, sin proceder a tramitar el correspondiente proceso selectivo de acceso a la condición de personal laboral fijo. Esto acaba constituyendo una lesión del derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los empleos públicos, ya que puestos de trabajo que responden a necesidades permanentes son usurpados a los procesos selectivos de acceso de personal fijo.

C) Encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona

El hecho de que una misma persona encadene nombramientos interinos o contratos laborales temporales no constituye por sí solo una lesión del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE de los demás ciudadanos, siempre que estos nombramientos o contratos se obtengan superando los correspondientes procesos selectivos de acceso al empleo temporal. Sin embargo, a medio y largo plazo, se acaba lesionando dicho derecho fundamental, porque se trata de colectivos de empleados públicos temporales de larga duración que acaban exigiendo la tramitación de procesos selectivos de consolidación de empleo temporal en los que se rebajan de forma inconstitucional las exigencias de mérito y capacidad, y se trata de forma privilegiada a dichos empleados temporales de larga duración frente al resto de aspirantes.

La problemática del encadenamiento de relaciones temporales se produce tanto en el ámbito funcional como laboral.

¹¹⁵² Concretamente, dispone que “atendiendo a las peculiaridades de cada actividad y a las características del puesto de trabajo, la negociación colectiva establecerá requisitos dirigidos a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración determinada con distintos trabajadores para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratos de ese carácter, con o sin solución de continuidad, incluidos los contratos de puesta a disposición realizados con empresas de trabajo temporal”.

En el ámbito de los funcionarios interinos el encadenamiento de interinidades no está prohibido, pero no atribuye de forma automática la condición de funcionario de carrera: así, no se establece por ley un derecho de consolidación basado en dicho encadenamiento, y el EBEP ha intentado limitar la existencia y duración de las interinidades por vacante mediante la norma tantas veces citada del artículo 10.4 EBEP. Sin embargo, dado que existen otro tipo de interinidades funcionariales igualmente utilizadas y que el EBEP ha ratificado el fenómeno de los procesos de consolidación de empleo temporal (Disposición Transitoria 4ª), no queda garantizada la vigencia de los principios de mérito y capacidad en el sistema general de acceso al empleo público.

En el ámbito laboral, el artículo 15.5 ET, tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, establece que *“sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 1.a), 2 y 3 de este artículo, los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*.¹¹⁵³

Por tanto, el encadenamiento excesivo de contratos laborales temporales por un mismo trabajador está prohibido por el Estatuto de los Trabajadores.¹¹⁵⁴ Ahora bien, debe destacarse que el mismo artículo 15.5 ET señala que lo en él dispuesto no será aplicable a *“los contratos formativos, de relevo e interinidad, a*

¹¹⁵³ Con anterioridad solamente regulaba el encadenamiento de contratos para el mismo puesto de trabajo.

¹¹⁵⁴ Otra cosa son las consecuencias que se derivan del encadenamiento de contratos laborales temporales en la Administración Pública cuando se supera el límite temporal fijado en dicho artículo 15.5 ET. El mismo artículo fija como consecuencia la conversión del contrato temporal en fijo, pero ello presenta importantes matices en el ámbito de las Administraciones Públicas, según establece la propia Disposición Adicional 15ª ET, según la cual:

“Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirán efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.

En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”.

Por tanto, el trabajador no se convierte en trabajador fijo, sino en trabajador indefinido no fijo, tal y como viene señalando la jurisprudencia.

los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”.

Por tanto, la ley admite que un mismo trabajador encadene contratos laborales de interinidad que superen los límites temporales del artículo 15.5 ET, y además sin que se produzca la conversión de su contrato en fijo (indefinido no fijo en el caso de las Administraciones Públicas). Esto significa que el Estatuto de los Trabajadores admite definitivamente el encadenamiento ilimitado por una misma persona de contratos laborales de interinidad para cubrir vacantes. Y, a diferencia de lo sucedido con otras modalidades de contratación temporal (tales como el contrato de obra o servicio determinado o el contrato eventual por acumulación o exceso de tareas), el trabajador interino no puede reclamar la aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo, porque el artículo 15.5 ET la excluye expresamente en el caso de las interinidades. Y ni siquiera tendrá derecho a la indemnización por expiración del plazo de duración del contrato temporal, ya que el artículo 49.1.c) ET la excluye en el contrato de interinidad. Esta regulación de los contratos laborales de interinidad plantea la duda de su posible incompatibilidad con la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

En todo caso, la circunstancia que interesa al presente trabajo de investigación, es que la legislación vigente no pone límites temporales al encadenamiento de contratos laborales de interinidad con un mismo trabajador, lo cual contribuye enormemente a la creación de bolsas de personal laboral temporal de larga duración en las Administraciones Públicas, que luego, con apoyo de los sindicatos, exigen la tramitación de los procesos selectivos de consolidación de empleo público con merma de los principios de mérito y capacidad.

Una vez expuestas las deficiencias de la legislación vigente en materia de empleo público temporal, debe destacarse, adicionalmente, la falta de mecanismos de control sobre la actuación administrativa relativa a las relaciones de empleo público temporal. En efecto, la normativa vigente no contiene unos mínimos mecanismos que aseguren el respeto a las normas sobre los supuestos en que cabe acudir a personal funcionario interino y laboral temporal ni a las normas sobre duración máxima de estos nombramientos y contrataciones.

En este sentido, ya se ha expuesto que la Comisión propuso la obligatoria emisión de un “informe jurídico preceptivo, por el titular del órgano competente en cada caso, bajo su propia responsabilidad, sobre la imposibilidad legal de prorrogar de manera expresa o implícita el nombramiento de interino o contrato temporal que finaliza. Emitido dicho informe, el titular del órgano de contratación asume la responsabilidad personal de naturaleza disciplinaria, patrimonial o, en su caso, penal, que le corresponda según la legislación vigente por la prolongación

irregular de la relación de servicio o laboral”. Este mecanismo, sin embargo, no ha sido implantado por el EBEP.

A las deficiencias expuestas se ha referido VILLANUEVA PUERTOLLANO¹¹⁵⁵, en el ámbito de las Entidades Locales, concluyendo que el gran problema de la gestión de su personal radica en “la prácticamente nula participación de los funcionarios en los procesos de decisión de contrataciones temporales”. Como indica dicho autor, cuando el responsable político (que es el que decide sobre la contratación o nombramiento) es consciente de que el funcionario viene obligado a informar bajo su responsabilidad, suele ser más cuidadoso.

Y, para que los juristas de la Administración Pública puedan ejercer un control previo de las contrataciones, el citado autor indica que es necesario que se regule el procedimiento que les ampare para llevarlo a cabo. En este sentido, destaca la “falta de normativa legal sobre el proceso de decisión para llevar a cabo esa contratación”. Así, destaca que en numerosos casos, “el expediente administrativo es totalmente inexistente y el primer documento que lo integra es el propio contrato laboral temporal suscrito por el Alcalde con el interesado y, como mucho, una nota de un funcionario relativa a la bolsa de trabajo que ha empleado para dirigirse a los posibles interesados”. Por tanto, concluye el citado autor que es necesario regular un procedimiento de acceso al empleo público temporal que incorpore los correspondientes controles, entre los cuales debe figurar la exigencia de un informe previo, la motivación de las resoluciones que acuerden el nombramiento o contratación y su publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

Dado que en el ámbito de los Entes Locales existe el control de legalidad por parte de las Administraciones estatal y autonómica regulado en los artículos 63 y ss. de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, VILLANUEVA PUERTOLLANO indica que, adicionalmente, en el caso de los Entes Locales, deberán existir concretos y detallados sistemas de remisión de copia de esos actos a las Administraciones del Estado y de la respectiva Comunidad Autónoma, para dar efectividad a las previsiones del artículo 65 de la citada Ley. Esta propuesta se debe a que, a juicio del citado autor, los controles sobre la legalidad de las actuaciones de las Administraciones locales no han funcionado en el ámbito del acceso al empleo público.¹¹⁵⁶

En primer lugar, en el ámbito de los Entes Locales la legislación exige la emisión de informes jurídicos previos emitidos por un funcionario con habilitación de carácter estatal, pero solamente en casos muy limitados, tales como acuerdos de especial trascendencia.¹¹⁵⁷

¹¹⁵⁵ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 513 y ss.

¹¹⁵⁶ VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 115 y ss.

¹¹⁵⁷ Así, el artículo 54 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, dispone que: “1. Será necesario el informe previo del Secretario, y, además, en su

En segundo lugar, señala VILLANUEVA PUERTOLLANO que la obligación de remisión de los acuerdos adoptados por los Entes Locales al Estado y Comunidad Autónoma está regulada de forma deficiente, lo que provoca que el control de legalidad por otras Administraciones (previsto en el artículo 65 LBRL) haya tenido muy poca efectividad en lo referente al empleo público local. En particular, señala que la práctica habitual de las Entidades locales se reduce a la remisión de un extracto de los acuerdos adoptados por la Junta de Gobierno Local y el Pleno de la Corporación; siendo así que de los Decretos dictados por la Alcaldía únicamente se inserta un listado en uno de los puntos del orden del día de las sesiones de estos órganos colegiados, con lo cual, en la práctica, ni a la Administración del Estado ni a la de la correspondiente Comunidad Autónoma llega la mínima información precisa para conocer el contenido y alcance de las Resoluciones de la Presidencia de las Corporaciones Locales.

3.2.- El personal eventual

3.2.1.- Concepto y características

El personal eventual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.2.d) EBEP, forma parte de la categoría de empleado público (definido éste como aquél que desempeña funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales según el artículo 8 EBEP). Por su parte, el artículo 12.1 EBEP lo define como *“el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”*. Y añade en su apartado 3 una característica esencial de este tipo de personal, consistente en que *“el nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento”*. Dicho nombramiento libre exceptúa la regla general de igualdad, mérito y capacidad que la Constitución impone para el acceso a los empleos públicos tanto funcionariales (artículo 23.2 CE) como laborales (artículo 14 CE). Por ello incluso se ha postulado la

caso, del Interventor o de quienes legalmente les sustituyan, para la adopción de los siguientes acuerdos: a) En aquellos supuestos en que así lo ordene el Presidente de la Corporación o cuando lo solicite un tercio de sus miembros con antelación suficiente a la celebración de la sesión en que hubieren de tratarse. b) Siempre que se trate de asuntos sobre materias para las que se exija una mayoría especial. 2. Los informes que se emitan deberán señalar la legislación, en cada caso aplicable y la adecuación a la misma de los acuerdos en proyecto. 3. Los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales deberán adoptarse previo Dictamen del Secretario, o, en su caso, de la Asesoría Jurídica y, en defecto de ambos, de un Letrado. 4. En cuanto a la representación y defensa en juicio de las Entidades locales, se estará a lo dispuesto por la Ley”.

desaparición del personal eventual, entendiendo que carece de justificación en un Estado constitucional.¹¹⁵⁸

La figura del personal eventual se consagró en el apartado 11 del artículo 5 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que preveía la figura de los funcionarios eventuales, como aquéllos que desempeñaban puestos de trabajo considerados de confianza o asesoramiento especial, no reservados a funcionarios de carrera. Esta figura se mantuvo en el Real Decreto-ley 22/77, de 30 de marzo, de Reforma de la legislación sobre Funcionarios de la Administración Civil del Estado, y se traspasó a la esfera local, en el Decreto 3046/77, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local. También el artículo 106 de dicho cuerpo legal reguló como funcionarios eventuales de carácter directivo a los “Directores de Servicio”, que serían nombrados y removidos libremente por el Pleno entre personas con la titulación, aptitud y experiencia adecuada para estar al frente de cada rama o servicio especializado, y cuya función era asumir la responsabilidad de un área o servicio, función ésta que, aunque requería de la confianza, no era una función estrictamente de confianza o asesoramiento especial.

El apartado 11 del artículo 5 del Texto Articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado fue derogado por la Ley 30/1984, que pasó a establecer en su artículo 20.2 que el personal eventual sólo ejercería funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, dejando claro que su nombramiento y cese eran libres y que el mismo cesaría cuando cesara la autoridad a la que prestaba su función de confianza o asesoramiento. En el ámbito local, el personal eventual como figura para desempeñar puestos de confianza o de asesoramiento especial se recogió también en los artículos 89 y 104 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y en el Artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local. Por su parte, todas las Comunidades Autónomas, regulan también la figura del personal eventual, con las mismas características de nombramiento libre y funciones de confianza.

Se ha discutido por la doctrina acerca de la naturaleza funcional del personal eventual,¹¹⁵⁹ defendiéndose su condición funcional con base en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que utilizaba la expresión de “*funcionarios de*

¹¹⁵⁸ Ver PÉREZ LUQUE, A., “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV., *Situación actual y tendencias de la Función Pública*, CEMCI, Granada, 1998, pg. 268, y MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 21.

¹¹⁵⁹ Ver sobre este punto ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007, y DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M^a.L., “Reflexiones sobre el personal eventual y los problemas derivados del régimen jurídico de las funciones directivas en la Administración Local. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 de julio de 2004”, *Iuste.com, RGDTSS*, n^o. 7, 2004.

empleo”, estableciendo que “*los funcionarios de empleo pueden ser eventuales e interinos*”. No obstante, la posterior Ley 30/1984 pasó a hablar de “*personal eventual*”, sin calificarlo como funcionario, y con el vigente EBEP queda claro que no tiene la naturaleza de personal funcionario.¹¹⁶⁰

Siguiendo a ITURRIAGA URBISTONDO, pueden citarse las siguientes notas características del personal eventual:¹¹⁶¹

- Su nombramiento y cese discrecional por la autoridad que los nombró. También cesa automáticamente cuando cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten sus funciones de confianza o asesoramiento especial.

- Los puestos ocupados por personal eventual tienen por objeto funciones exclusivamente de confianza o asesoramiento especial, y son puestos de trabajo no reservados a funcionarios de carrera.

- El personal eventual sólo puede desempeñar el puesto con carácter temporal.

- Los puestos ocupados por personal eventual deben figurar con tal carácter en la relación de puestos de trabajo, y son retribuidos con cargo a créditos presupuestarios consignados exclusivamente para este tipo de personal.

En relación con el carácter libre del nombramiento del personal eventual, el Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de diciembre de 2002, ha señalado que no es necesario motivar las razones que llevan a dicho nombramiento, aclarando que no existe el requisito formal de hacer una exposición de los motivos en virtud de los cuales se prefiere a determinada persona respecto a otras. Y concluye que la referencia a las condiciones subjetivas determinantes de la confianza que concurren en una persona para un puesto de personal eventual no son susceptibles de fiscalización en vía jurisdiccional.

Como consecuencia de lo expuesto, el personal eventual tiene naturaleza excepcional. Así lo ha reiterado el Tribunal Supremo, señalando en sentencias como la de 25 de abril de 2008, que “los puestos reservados a personal eventual son excepcionales”, debido a que su nombramiento no responde a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Por ello, y como más adelante se expone, el personal eventual no puede realizar “funciones públicas ni burocráticas”, de manera que “deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa.

¹¹⁶⁰ Otra cosa es que el EBEP disponga que al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, El régimen general de los funcionarios de carrera. Dada la condición de legislación básica del EBEP, debemos entender derogada la calificación como funcionarios que del personal eventual realiza la Ley 7/1985 en su artículo 104.

¹¹⁶¹ ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

Finalmente, debe destacarse que el desempeño de puestos de personal eventual no puede constituir mérito para el acceso a los demás empleos públicos, puesto que el mismo requiere el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, por lo que en el seno de estos procedimientos selectivos no se pueden baremar méritos que no se hayan obtenido por virtud de estos principios. Y precisamente el desempeño de puestos eventuales se obtiene, no por mérito y capacidad, sino por confianza, por lo que no pueden considerarse como mérito para acceder a la condición de personal funcionario (de carrera o interino), ni laboral (fijo o temporal).

En esta línea, el artículo 12.4 del EBEP ha dispuesto que *“la condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna”*. Se expresa, por tanto, en los mismos términos que el artículo 20.3 de la Ley 30/1984. Sin embargo, tal y como señala BOLTAINA BOSCH¹¹⁶² que ha faltado que el EBEP disponga expresamente que los servicios prestados como personal eventual tampoco constituyen mérito para el acceso al empleo laboral. Sí existen otras normas más completas, como el artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que también aclara que el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual tampoco constituirá mérito para la promoción interna. Asimismo, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 4. La prestación de servicios en régimen de personal eventual no puede suponer mérito para el acceso a la función pública, para la promoción interna ni para la contratación como personal laboral.

3.2.2.- Excesivo número y nombramiento para funciones que no corresponden al personal eventual

El personal eventual plantea el problema de su excesivo número, más allá de lo estrictamente necesario. Ello se debe en buena parte a que los órganos políticos y gestores de las Administraciones Públicas conceden, mediante favoritismos, empleos públicos a sus allegados y afines mediante el uso de la figura del personal eventual, eludiendo de esta manera tramitar los procesos selectivos basados en criterios de publicidad, libre concurrencia, mérito y capacidad, que son propios del acceso al empleo público funcional y laboral. En particular, señala MORENO LÓPEZ que es en el ámbito local donde la presencia

¹¹⁶² BOLTAINA BOSCH, X., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 192.

del personal eventual es mayor, “habiéndose recuperado prácticamente el régimen de cesantía del siglo XIX”.¹¹⁶³ También FONDEVILA ANTOLÍN¹¹⁶⁴ alude al uso de la figura para eludir, en particular, las nuevas reglas del EBEP sobre composición de los órganos de selección (que impiden que los cargos políticos electos formen parte de dichos órganos).¹¹⁶⁵

Y no solamente se utiliza la figura del personal eventual para eludir los procesos selectivos del personal funcionario y laboral, sino incluso también para evitar servirse del personal funcionario que, por determinada casta política, son considerados como un escollo. El fenómeno es muy bien explicado por MORILLO-VELARDE, quien señala que los eventuales, como expertos leales al político, “son su verdadero apoyo frente a una burocracia que se considera hostil y frente a la que es preciso presentarse pertrechado con todas las armas que proporcionan los conocimientos y las lealtades de elementos cuya confianza está acreditada. Se enquista así una organización nueva dentro de la organización ordinaria”.¹¹⁶⁶

La propia Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP destacó en su informe que “de la información disponible y de algunos análisis académicos se deduce que, al menos en algunas Administraciones Públicas, en particular en las Locales, el volumen y el porcentaje de personal eventual está creciendo de manera significativa. Es preciso, en consecuencia, abordar este problema con el fin de limitar a sus justos términos el número de cargos o puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por esta clase de personal”¹¹⁶⁷, añadiendo que “causa cierta preocupación que su número y las funciones que normalmente realiza desborden el carácter excepcional que debe tener en un sistema de empleo público profesional regido por los principios de mérito y capacidad”.¹¹⁶⁸

Otro problema adicional es la contratación de personal eventual para realizar funciones que no le corresponden, es decir, que no son de confianza ni de especial asesoramiento, sino que son propias del personal funcionario o laboral. El deseo de eludir los procesos selectivos propios del personal laboral y funcional provoca que los cargos políticos utilicen la figura del personal eventual para cubrir funciones que legalmente no corresponden a este tipo de personal, sino al

¹¹⁶³ MORENO LÓPEZ, J.L., “El estatuto jurídico de los empleados públicos en las Administraciones Locales”, en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009, pg. 133.

¹¹⁶⁴ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 87 y ss.

¹¹⁶⁵ En definitiva, como indica CASTILLO BLANCO, “es necesaria la profesionalización del empleo público limitando la posibilidad de desempeño por parte del personal eventual indiscriminadamente de puestos de trabajo que han de ser desarrollados por el empleo público profesional”. (CASTILLO BLANCO, F.A., “El empleo público local: situación actual y perspectivas”, *RARAP*, nº. 4, 2001).

¹¹⁶⁶ MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública”, *REDA*, nº. 48, 1985.

¹¹⁶⁷ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 49.

¹¹⁶⁸ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 64.

personal laboral o funcionario. Así, indica FONDEVILA ANTOLÍN¹¹⁶⁹ que los Entes Locales están utilizando de manera impropia la figura del personal eventual para cubrir puestos de Arquitecto, Arquitecto-técnico, Asesor jurídico, coordinador informático, operario de cometidos múltiples, animador cultural y de ocio, auxiliar administrativo, encargado de mantenimiento, Educador para aulas de menores de dos años, acompañante de autobús y comedor escolar, coordinador de programas culturales, redactor y locutor de radio, administrativo, responsable de instalaciones, etc. El citado autor expone una larga lista de casos variopintos, a la cual me remito¹¹⁷⁰, poniendo de manifiesto que el uso fraudulento de la figura de la eventualidad es una realidad de plena actualidad. También señala ITURRIAGA URBISTONDO¹¹⁷¹ que las Administraciones Públicas no han dudado en cubrir con personal eventual puestos de trabajo que, de manera manifiesta, contienen funciones reservadas al personal funcionario, refiriéndose a la cobertura con personal eventual de puestos de trabajo de Técnicos de Administración General, Inspectores de Obras, Jefes de la Policía Municipal, Directores del Servicio de Obras, etc.

En definitiva, es posible admitir la existencia del personal eventual de libre nombramiento, pues en ocasiones es cierto que se necesita, para el buen gobierno, de la ayuda de colaboradores de confianza que, por esta razón, no pueden ser seleccionados del mismo modo que el personal funcionario o laboral. Sin embargo, este tipo de personal debe ser excepcional, pues su selección se aleja de los criterios de publicidad, mérito y capacidad, siendo preciso asegurar que no se utilice la figura del personal eventual para eludir la tramitación del proceso de selección que se requiere para contratar al personal funcionario (interino o de carrera) y laboral (fijo o temporal).

En este mismo sentido, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señala que “el denominado personal eventual, ha de seguir existiendo, como siempre ha ocurrido y sucede en todos los países que mantienen un sistema de empleo público de carácter profesional o basado en el “mérito”, ya que es razonable que los altos cargos de naturaleza política tengan el apoyo de un reducido grupo de personas de su confianza. Sin embargo, esta modalidad de acceso a los cargos públicos no puede dejar de constituir una rigurosa excepción, pues de lo contrario se subvertirían los fundamentos de nuestro modelo constitucional”.¹¹⁷² Por ello, concluye el citado Informe que “el nombramiento de personal eventual en todas y cada una de las Administraciones Públicas debe quedar reducido a las funciones que exigen una estricta relación de confianza política y no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión

¹¹⁶⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 88 y ss.

¹¹⁷⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 88 y ss.

¹¹⁷¹ ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

¹¹⁷² *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 49.

o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes”.¹¹⁷³

En definitiva, la directa relación que las funciones administrativas tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, exigen que tales funciones sean asignadas a empleados públicos seleccionados por medio de procesos respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad.¹¹⁷⁴ Y, en cuanto se refiere a aquellos empleos que no estén reservados al personal funcionario, y que por tanto, corresponden al personal laboral, han de ser también adjudicados mediante procesos respetuosos con los citados principios de igualdad, mérito y capacidad, por imperativo del artículo 14 CE.

Sin embargo, a la hora de definir las funciones del personal eventual, el Informe de la Comisión de Expertos solamente señala que “este tipo de funciones no puede ser definido, sino mediante conceptos muy generales e indeterminados, por un Estatuto que tiene carácter básico”¹¹⁷⁵, añadiendo que son las leyes de desarrollo de dicho Estatuto las que “deberían además diferenciar con claridad las funciones propias del personal eventual y las que corresponden al personal directivo”.

En todo caso, en ocasiones resulta difícil delimitar las funciones del personal eventual (de confianza o asesoramiento especial) de las de los demás empleados públicos. Particularmente complejo es delimitar sus funciones respecto del personal directivo, debiendo destacarse que, en el ámbito de las Administraciones Locales, el artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, dispuso que “*podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección*”.¹¹⁷⁶ Al respecto, indica SÁNCHEZ MORÓN¹¹⁷⁷ que a partir de la entrada en vigor del EBEP el personal eventual no puede desempeñar funciones

¹¹⁷³ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 64.

¹¹⁷⁴ STS de 6 de octubre de 2008.

¹¹⁷⁵ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 64.

¹¹⁷⁶ Esta puerta ha provocado una fuerte politización de la función directiva en numerosos municipios, sin que además se haya observado siempre con el grado de rigor necesario la concurrencia de las condiciones de formación o titulación necesarias a tal efecto. (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos”, PGP, nº. 41/2005).

¹¹⁷⁷ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, Comentarios..., op.cit., pg. 101.

directivas, ni de gestión, sino solamente de confianza o asesoramiento especial de los órganos de Gobierno, a partir de la entrada en vigor del EBEP.¹¹⁷⁸

En esta línea, MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE entienden que la figura del personal directivo ha de tener, de acuerdo con lo dispuesto en el EBEP, un régimen especial y diferenciado, de manera que el citado artículo 176 del Real Decreto Legislativo 781/1986 ha de ser reinterpretedado en esta línea.¹¹⁷⁹

En general, la figura del personal eventual no puede utilizarse para enmascarar funciones ordinarias de gestión, ni siquiera directivas, ya que el nuevo régimen jurídico de los directivos públicos es más exigente en cuanto a acceso, responsabilidad y evaluación y control de resultados.¹¹⁸⁰

Debido a la escasa la regulación legal de la figura del personal eventual, es la jurisprudencia la que ha ido delimitando las funciones que puede desarrollar el personal eventual. Así, la STS de 17 de marzo de 2005 señala que “no puedan ser identificadas con aquellas funciones de confianza y asesoramiento los cometidos que, como ocurre en el puesto litigioso, encarnan tareas de carácter permanente dentro de la organización administrativa del Ayuntamiento (...) Las funciones del puesto litigioso que la sentencia recurrida describe rebasan el límite legal de asesoramiento y confianza especial ,ya que expresan cometidos profesionales de colaboración en típicas actividades administrativas”. También las SSTS de 9 de febrero de 2004 y 2 de septiembre de 2004, han señalado que no es posible “crear puestos de carácter eventual para la realización de tareas permanentes de colaboración profesional en típicas actividades administrativas”.

Asimismo, la STS 25 de Abril de 2008¹¹⁸¹ destaca que el personal eventual no puede realizar “funciones públicas ni burocráticas”, afirmando que “deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

Además, los Tribunales Superiores de Justicia han señalado que no procede crear puestos de naturaleza eventual si existen Cuerpos Funcionariales que pueden prestar las funciones de que se trate, pudiendo citarse al respecto la

¹¹⁷⁸ También ALMOACID LAMELAS considera derogado dicho artículo 176.3 por ser contrario a los principios de mérito y capacidad. (ALMOACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2008, pg. 315).

¹¹⁷⁹ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 179.

¹¹⁸⁰ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 102.

¹¹⁸¹ Ver también las SSTS de 6 de octubre de 2008 y 2 de septiembre de 2004.

STSJ de Asturias, de 12 de abril de 2005, y la STSJ de Madrid, de 9 de febrero de 2005.

Algunas leyes autonómicas han optado por establecer que el personal eventual no puede ocupar los puestos reservados al personal funcionario. Así, por ejemplo, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dispone que *“es personal eventual aquel que, en virtud de nombramiento legal, ocupa, con carácter temporal, puestos de trabajo considerados de confianza o de asesoramiento especial de la Presidencia o de los consejeros o las consejeras, no reservados a personal funcionario de carrera”*. La Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, es más completa, excluyendo también los puestos de personal laboral, al señalar que *“es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, realiza funciones en puestos de trabajo expresamente calificados como de confianza o asesoramiento especial no reservados a funcionarios o a personal laboral, y retribuidos con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”*. También el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, dispone que *“es personal eventual el que, (...) ocupa un puesto de trabajo (...) no reservado a funcionarios”*.

Por su parte, la normativa vigente no define con exactitud qué debe entenderse por *“confianza”* ni por *“asesoramiento especial”*. En cuanto al concepto de *“confianza”*, el Tribunal Supremo, en sentencias de 2 de septiembre de 2004 y 17 de marzo de 2005 indica que se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder de superior decisión política, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad política, que son inherentes a la confianza.

En cuanto al concepto de *“asesoramiento especial”*. Solamente el artículo 105 del Real Decreto 3946/1977 establecía, en relación con los funcionarios de empleo a los que se asignaran funciones de asesoramiento especial, que su nombramiento sería nulo si carecían de titulación adecuada. No obstante, dado el tenor literal de la legislación vigente, el asesoramiento especial no tiene que ser necesariamente un asesoramiento técnico. Al respecto, ITURRIAGA URBISTONDO¹¹⁸² contrapone el concepto de asesoramiento especial con el de asesoramiento general, indicando que el asesoramiento general consiste en los típicos cometidos profesionales de elaboración de informes o dictámenes (ya sean técnicos o jurídicos) en actividades propias y de carácter permanente de la Administración Pública. Y este asesoramiento general *“está asignado tanto a Funcionarios con Habilitación de carácter Nacional, como a los Técnicos de las Escalas, tanto de Administración General como Especial, y cuyas funciones se corresponden con los cometidos propios de los funcionarios de carrera”*. Por el contrario, concluye, *“el asesoramiento especial se aleja totalmente del ámbito administrativo entrando en el círculo político y/o personal, (...) Es decir, que el*

¹¹⁸² ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., *“El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II)”*, *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

asesoramiento especial no ha de venir referido, como en este caso, a las funciones propias del personal de la escala de Administración General”. En la misma línea, MONEREO PÉREZ y MOLINA NAVARRETE entienden que las labores de asesoramiento deberán de ser realmente singulares, puesto que las labores de asesoramiento general en el ámbito de los Entes Locales están reservadas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal y técnicos de Administración general y especial.¹¹⁸³ Esta interpretación viene avalada por el Borrador del Anteproyecto de Ley del Empleado Público, que, en relación con el personal eventual, aludía a funciones de “asesoramiento político”.

Debido a que la legislación no especifica nada más acerca del concepto de asesoramiento especial, y a que no utiliza el concepto de asesoramiento político, en la práctica se plantean numerosos supuestos problemáticos. En particular, puede destacarse el caso de la participación del personal eventual en las Mesas de Contratación, que ha sido analizado por ITURRIAGA URBISTONDO.¹¹⁸⁴ Este autor pone de manifiesto cómo el concepto es interpretado de manera distinta en cada Administración Pública, con la consiguiente inseguridad jurídica.

Así, hace alusión al Informe 13/2001 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa dependiente Ministerio de Economía y Hacienda, sobre “si el personal eventual de libre designación puede formar parte de las Mesas de contratación y actuar en funciones de asesoramiento técnico de las mismas”. Este informe concluye que “el personal eventual a que se refiere el artículo 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto no puede formar parte, como vocal, de las Mesas de contratación de las Entidades Locales, al no reunir la condición de funcionario, personal laboral o concejal, tal como exige el apartado 3 de la disposición adicional novena de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”. Otra cuestión era si el personal podía emitir los informes técnicos a que se refiere el artículo 81.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y actuar, en su caso, como asesor de las Mesas de contratación, posibilidad ésta que sí admite el citado informe, debido al “carácter genérico de la redacción del apartado 2 del artículo 81 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas - la posibilidad de la Mesa de solicitar cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato”.

En segundo lugar, cita el Informe 2/2001 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Consejería de Economía, Hacienda e Innovación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, que concluye que “en la Mesa de contratación constituida por el Alcalde Pedáneo presidente de una Entidad Local Menor, puede formar parte de la misma el personal eventual asesor de dicha entidad”, por entender que el término funcionarios empleado en la citada

¹¹⁸³ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Clases de personal...”, op.cit., pg. 179.

¹¹⁸⁴ ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

Disposición Adicional Novena de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas “se ha de entender en términos amplios y, por tanto, incluidos los funcionarios de empleo”. A juicio del citado autor, el hecho de que ambos informes lleguen a conclusiones opuestas, pone de manifiesto la “total indefinición del contenido de la llamada función de asesoramiento especial”, si bien entiende que no cabe la posibilidad de que el personal eventual forme parte como vocal de las Mesas de Contratación, porque las funciones de dichos vocales son “actuaciones profesionales que se proyectan en las funciones normales de la Administración pública, funciones éstas que son reservadas a los funcionarios de carrera”.

En cuanto a la posibilidad de cubrir puestos de carácter directivo con personal eventual, debe entenderse que, debido a lo dispuesto en el artículo 13 EBEP, ha quedado derogado el citado artículo 176.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, que permitía al personal eventual desempeñar determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación. Así, el artículo 13 EBEP establece que *“cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección”*, de manera que no parece excluir que las funciones directivas puedan ser desarrolladas por personal no laboral. Ahora bien, también dispone que la designación del personal directivo *“atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”*, y el cumplimiento de estos requisitos nada tiene que ver con el modo en que es nombrado el personal eventual, es decir, libremente y sin necesidad de exteriorizar las razones del nombramiento.

Incluso el artículo 130 de la Ley 7/1985, tras la modificación operada por la Ley 57/2003, aplicable a los Municipios de Gran Población, parece derogar lo dispuesto en el citado artículo 176.3 del Texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, al disponer que *“son órganos (...) directivos municipales los siguientes: B) Órganos directivos: a) Los coordinadores generales de cada área o concejalía. b) Los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías. c) El titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma. d) El titular de la asesoría jurídica. e) El Secretario general del Pleno. f) El interventor general municipal. g) En su caso, el titular del órgano de gestión tributaria.*

2. Tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los Organismos autónomos y de las Entidades Públicas Empresariales locales, de conformidad con lo establecido en el artículo 85 bis, párrafo b).

3. El nombramiento de los coordinadores generales, y de los directores generales deberá efectuarse entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las Entidades locales o funcionarios de

administración local con habilitación de carácter nacional, a los que se exija para su ingreso el título de doctor, licenciado, ingeniero, arquitecto o equivalente, salvo que el Pleno, al determinar los niveles esenciales de la organización municipal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.1 c), permita que, en atención a las características específicas del puesto directivo, su titular no reúna dicha condición de funcionario. En este caso los nombramientos habrán de efectuarse motivadamente y de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada”.

Como ejemplo de reconocimiento de la imposibilidad de asignar al personal eventual funciones directivas, puede citarse la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 7 de Valencia, que declara que los directores de parques naturales no pueden ser considerados como personal eventual de la Generalitat valenciana, anulando los nombramientos de dichos directores-conservadores como personal eventual. Ante la posible confirmación de esta sentencia por el TSJ de Valencia, la Generalitat ha optado por modificar la legislación valenciana sobre esta figura, para eliminar la figura del *"director-conservador"* e introducir la del *"responsable de dinamización"* atribuyéndole expresamente la condición de *"personal eventual"*. Así, la Ley valenciana 9/2011 ha dado nueva redacción a los artículos 48.1 y 49 de la Ley 11/1994, de 27 de diciembre, de la Generalitat, de Espacios Naturales Protegidos de la Comunitat Valenciana, que pasan a disponer lo siguiente:

“Para la gestión de los parques naturales, parajes naturales y reservas naturales, el conseller competente en materia de medio ambiente designará, como personal eventual de la conselleria, un responsable de la dinamización del espacio protegido correspondiente, dependiente funcionalmente de la dirección general competente en la materia. (...) Corresponde al responsable de la dinamización del espacio protegido correspondiente: a. Asesoramiento especial al conseller competente en materia de medio ambiente en los mecanismos de gestión del espacio natural protegido. b. Impulsar la coordinación en materias del espacio protegido, de las distintas administraciones que puedan tener relación con los mismos. c. Dinamización del espacio natural protegido y de los mecanismos de concertación del uso público en los mismos”.

En relación con el anteproyecto de esta Ley, el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en su Dictamen 2011/1172, destacó que el personal eventual *“no sólo debe distinguirse del personal funcionario y del laboral, sino también del personal directivo que se regula el artículo 13 del EBEP, de forma que el personal eventual no puede realizar funciones de carácter directivo ni de gestión (STS de 4 de abril de 2007)”*. Y, sobre esta base, señala que *“el artículo 67 proyectado modifica el artículo 49 de la Ley 11/1994, y atribuye al responsable de la Dinamización, no sólo el asesoramiento especial al Conseller competente en materia de medio ambiente, sino, además, “impulsar la coordinación en materias del espacio protegido” -apartado b) del artículos 49- y la “dinamización del espacio*

natural protegido y de los mecanismos de concertación del uso público en los mismos" -apartado c-. Por tanto, con la finalidad de que la figura del personal eventual, circunscrita sólo a funciones de confianza y asesoramiento, no quede desvirtuada, debería clarificarse en qué consisten las expresadas funciones delimitadas en los apartados b) y c) del artículo 49 proyectado, máxime cuando en el Informe justificativo obrante en el expediente se señala que "deben ponerse de manifiesto las funciones de especial asesoramiento, así como la responsabilidad en la dinamización de estos espacios, a través de la ejecución de los programas cuyas directrices se establecen en el Área competente en la gestión de los espacios protegidos. De lo contrario, podría conculcarse lo previsto por el Estatuto Básico repetido". Como puede observarse, el legislador autonómico ha hecho caso omiso de la opinión manifestada por su máximo órgano de asesoramiento, pudiendo concluirse que las funciones del responsable de la dinamización del espacio protegido van más allá de las propias del personal eventual, motivo por el cual la citada Ley valenciana sería inconstitucional por vulnerar la legislación básica contenida en el artículo 13 del EBEP.

Dado que para la selección del personal eventual no rigen los principios de mérito y capacidad, lo que interesa a este trabajo de investigación es razonar sobre los mecanismos que garanticen que la contratación de este tipo de personal no se extienda más allá de lo legalmente autorizado: es decir, que no alcance un volumen excesivo, ni desempeñe funciones del personal funcionario o laboral. Y, ya inicialmente, puede indicarse que el EBEP no ha establecido garantías suficientes a tales efectos, puesto que ni siquiera ha recogido todas las recomendaciones efectuadas por la Comisión de Expertos.¹¹⁸⁵

Debe destacarse, además, que el nombramiento irregular de personal eventual da lugar a que los nombrados acaben formulando reclamaciones judiciales en orden al reconocimiento de su condición encubierta de personal laboral, para así lograr su consolidación como empleados públicos fijos, lo que nos acaba llevando a la figura del personal laboral indefinido no fijo de plantilla que tantos problemas presenta. Resulta, por tanto, esencial, evitar los nombramientos irregulares de personal eventual, especialmente para funciones propias del personal laboral o funcionario, ya que el personal así nombrado de forma irregular, acaba "metiendo cabeza" en la Administración Pública a través del reconocimiento judicial de su condición de personal laboral, lo cual supone el acceso al empleo público sin respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. La cuestión es más grave de lo que parece, porque, aunque la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores obliga al Ente contratante a cubrir por los procedimientos ordinarios la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, lo cierto es que las Administraciones Públicas acaban tramitando procesos de consolidación de empleo temporal o incluso procesos de funcionarización que favorecen, en ambos casos, a este personal, pues se diseñan

¹¹⁸⁵ FERNÁNDEZ DELPUECH, L., "El personal eventual en tiempos de crisis", AJA, nº. 856, 2013.

a su medida. Se plantea aquí el mismo problema que con las personas que son contratadas mediante un contrato administrativo de servicios que encubre una relación laboral o que tiene por objeto funciones reservadas al personal funcionario. La ley debería establecer la nulidad radical de estos nombramientos sin posibilidad de aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo de plantilla, de manera que luego no sea posible realizar procedimientos de consolidación o funcionarización diseñados a su medida, y en perjuicio de la ciudadanía. El tiempo de servicios prestados en virtud de una relación profesional conseguida por medio de favoritismo y privilegio no puede servir para utilizar un procedimiento selectivo que favorezca a este tipo de personal irregularmente contratado.

El problema del excesivo volumen del personal eventual hace necesario limitar su número y además dar una mayor transparencia sobre su existencia, para posibilitar el control social sobre la actuación de los poderes públicos. Sin embargo, estos dos extremos no estaban suficientemente garantizados con la normativa vigente en el momento de promulgarse el EBEP.¹¹⁸⁶ Así, el artículo 20.2 de la Ley 30/1984 regulaba los siguientes aspectos:

- *“El Gobierno y en el ámbito de sus competencias los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Pleno de las Corporaciones Locales, determinarán el número de puestos con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados al efecto”.*

- Su nombramiento correspondía exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales.

Por su parte, la Ley 7/1985 se expresaba en similares términos, añadiendo en su artículo 104.3 que *“los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación se publicarán en el «Boletín Oficial» de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación”.* Asimismo, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP formuló las siguientes recomendaciones:

- *“Ha de corresponder, por tanto, a la Administración General del Estado, a la Administración de las Comunidades Autónomas, y a las Corporaciones Locales y otras Entidades administrativas, dentro de los márgenes de la legislación que les sea aplicable, especificar el número máximo de puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual, los altos cargos que pueden disponer de este tipo de personal y las funciones que puede desempeñar. Las leyes que desarrollen el Estatuto Básico deberían contener suficientes precisiones para evitar que el margen de discrecionalidad gubernativa sea prácticamente ilimitado y que se puedan producir abusos. Esas mismas leyes deberían además diferenciar con*

¹¹⁸⁶ FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “El personal eventual en tiempos de crisis”, *AJA*, nº. 856, 2013.

claridad las funciones propias del personal eventual y las que corresponden al personal directivo”.¹¹⁸⁷

- “En cualquier caso, es preciso reforzar el control político y social sobre las decisiones que puedan adoptarse al respecto. Para ello debe establecerse que las Administraciones Públicas han de hacer pública periódicamente la información sobre el personal eventual con que cuentan, las funciones que desempeñan y los órganos en que prestan servicio, así como sus retribuciones, con indicaciones comparativas respecto de la última información proporcionada”. La propuesta final del Informe es que “debe establecerse la obligación de las Administraciones Públicas de informar periódicamente al público del número de empleados eventuales con que cuentan, funciones que realizan, órganos en que prestan servicios y retribuciones globales, así como de las variaciones que se produzcan en esa situación”.¹¹⁸⁸

A la vista de lo expuesto y de los abusos cometidos, la propia Exposición de Motivos del EBEP manifestó que “el Estatuto refuerza las garantías de transparencia en lo relativo al número y retribuciones del personal eventual”. Concretamente, en su artículo 12, destaca que:

- Reitera que el personal eventual actúa “*con carácter no permanente*”, y ceñido a “*funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial*”.

- Son las leyes que se dicten en desarrollo del EBEP las que determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal.

- El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno.

- Este número y las condiciones retributivas serán públicas.

Estas medidas establecidas por el EBEP han sido consideradas insuficientes por la doctrina a los efectos de lograr el objetivo de reforzar las garantías de transparencia en lo relativo al número y retribuciones de este tipo de personal. Así, según SÁNCHEZ MORÓN¹¹⁸⁹, el EBEP no soluciona el riesgo de que se desborde el carácter excepcional del personal eventual, porque solamente establece que sean públicos el número y las condiciones retributivas de este personal. Además, el EBEP acaba remitiéndose a lo que dispongan las leyes autonómicas.¹¹⁹⁰ Se analizan a continuación los distintos aspectos necesitados de reforma.

¹¹⁸⁷ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 64.

¹¹⁸⁸ Informe de la Comisión..., op.cit., pg. 65.

¹¹⁸⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 101.

¹¹⁹⁰ MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza...”, op.cit., pg. 32.

a) Mayor concreción de las funciones atribuibles al personal eventual

En primer lugar, resulta esencial que la ley determine con exactitud las funciones que pueden ser desempeñadas por el personal eventual, más allá de la mera indicación de que sólo le corresponden funciones de confianza y especial asesoramiento. En este sentido, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señaló que el personal eventual “no debe extenderse a la realización de actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes”. Por tanto, es necesario que el artículo 12 EBEP disponga expresamente que el personal eventual no podrá realizar actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni desempeñar puestos de trabajo estructurales y permanentes. También debe establecer expresamente que el personal eventual tampoco podrá realizar funciones propias del personal directivo. Por su parte, FUENTETAJA PASTOR postula que el personal eventual sea erradicado de la Función Pública y ubicado en el ámbito estrictamente político o de gobierno, siendo regulado en normativa sobre los órganos de gobierno de las Administraciones, y excluido de los organigramas funcionales de las Administraciones Públicas, para evitar la confusión entre sus tareas y las del personal funcionario.¹¹⁹¹ El Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013, dispone expresamente que el personal eventual “*habrá de prestar sus servicios exclusivamente en los servicios generales del Ayuntamiento, Diputación Provincial, Consejo o Cabildo en cuya plantilla aparezca consignado*”.

b) Control sobre el volumen del personal eventual

Como se ha expuesto, resulta necesario asegurar que el personal eventual tenga un volumen razonable y coherente con sus funciones. A tales efectos, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señaló que “ha de corresponder, por tanto, a la Administración General del Estado, a la Administración de las Comunidades Autónomas, y a las Corporaciones Locales y otras Entidades administrativas, dentro de los márgenes de la legislación que les sea aplicable, especificar el número máximo de puestos que pueden ser desempeñados por personal eventual, los altos cargos que pueden disponer de este tipo de personal y las funciones que puede desempeñar”. Por su parte, el artículo 12 EBEP ha dispuesto que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que puedan disponer de personal eventual serán los que establezcan su número máximo. Sin embargo, no parece suficientemente

¹¹⁹¹ FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pgs. 75 y ss.

garantista dejar a estos órganos fijar dicho número máximo con total libertad, ya que son los titulares de estos órganos los que pueden abusar de la contratación de personal eventual con criterios de favoritismo. Por ello, es la ley la que debería establecer criterios bien acotados para fijar dicho número máximo.

En este sentido, el propio Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señaló que “las leyes que desarrollen el Estatuto Básico deberían contener suficientes precisiones para evitar que el margen de discrecionalidad gubernativa sea prácticamente ilimitado y que se puedan producir abusos”. Sí merece destacarse que, en esta línea, la Ley 2/1987, de 30 de marzo, de la Función Pública Canaria, establece que “*el número del personal eventual se determinará anualmente al aprobarse la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma*”. MORENO LÓPEZ postula, en el campo de los Entes Locales, que el número y retribuciones del personal eventual debería tener alguna regulación estructurada en función de parámetros relativos a las características de cada Ente Local, tales como población, territorio o presupuesto.¹¹⁹²

En esta línea, la ley podría fijar un baremo de máximos, en cuanto al número máximo de personal eventual, utilizando variables similares a las que se utilizaban en el caso de las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades Locales en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012. Dicho Proyecto, en la Disposición final sexta, señalaba que “las Leyes de Presupuestos Generales del Estado establecerán cada año el baremo al que habrán de ajustarse las retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades Locales atendiendo al tipo de entidad local de que se trate, así como a criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo”.¹¹⁹³ Puede destacarse también que la Proposición de Ley sobre transparencia y lucha contra la corrupción, presentada por UPYD, publicada en el BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, nº. 36-1, de 5 de enero de 2012, propone la modificación del EBEP, en el sentido siguiente: “*Limitación por Ley del número máximo de personal eventual. a) Se fijará, con naturaleza de norma básica, los máximos de personal eventual correspondientes a cada órgano de cualquier administración pública. (...) El personal eventual de las corporaciones locales no podrá ser superior a ocho en los municipios de gran población de más de 250.000 habitantes, de seis en los de menos de esa cifra, y de cuatro en las demás poblaciones, salvo los municipios de menos de 5.000 habitantes que podrán disponer de un máximo de uno*”.

¹¹⁹² MORENO LÓPEZ, J.L., “El estatuto jurídico...”, op.cit., pg. 133 y ss.

¹¹⁹³ Esta previsión sobre retribuciones de los miembros de los órganos de gobierno de las Entidades Locales no se recoge, sin embargo, en el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013, fija límites cuantitativos para los puestos de trabajo adscritos a personal eventual. Así, respecto al personal eventual de los Ayuntamientos establece una escala de límites al número de puestos de trabajo atribuibles a dicho personal: cero, en los Municipios de población no superior a 5.000 habitantes, uno hasta 10.000 habitantes, dos hasta 20.000 habitantes, etc. En cuanto a las Diputaciones provinciales, Consejos y Cabildos insulares será el mismo que el de la Corporación del Municipio más poblado de su Provincia, y, en cuanto al resto de entidades locales o de sus organismos dependientes, no podrán disponer de puestos de este tipo. Además, existe otro Anteproyecto de Ley por el que, modificando la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, se reduce en un tercio el número de concejales existentes, así como se establece un límite máximo de 35 concejales en los municipios más grandes, lo cual redundará en la reducción del personal eventual, pues éste se determinaría en proporción a los concejales. Puede citarse también el Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat valenciana, que, en su artículo 18.2, contiene la interesante previsión de que las sociedades mercantiles y fundaciones integrantes de dicho Sector, así como los Entes de Derecho Público sometidos al Derecho Privado, no pueden tener a su servicio el personal eventual.

En definitiva, es la ley la que debería establecer criterios bien acotados para fijar dicho número máximo. Y, como legislación básica, el EBEP debería establecer que por ley (estatal o autonómica) se fije el número máximo, y, para el caso de que no se fije, unas reglas exactas para su fijación, teniendo en cuenta el tipo de Administración de que se trate, y criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo.

c) Determinación de qué altos cargos pueden disponer de personal eventual

La Ley 30/1984 atribuía la determinación del número de puestos, sus características y retribuciones al Gobierno autonómico y al Pleno de las Corporaciones Locales. El EBEP flexibiliza este régimen, ya que solamente se remite a las leyes estatales y autonómicas para que ellas determinen qué órganos de gobierno podrán, en cada Administración, disponer de personal eventual. Lo positivo es que al menos esta determinación tendrá que hacerse por norma con rango de ley, imposibilitándose que sea un reglamento. La Ley 30/1984 atribuía exclusivamente el nombramiento de personal eventual a los Ministros y Secretarios de Estado, a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Alcaldes y Presidentes de las Corporaciones Locales.

Dado que el EBEP suprime estas especificaciones y se remite a la legislación estatal y autonómica, podría suceder que esta legislación amplíe aún más el ámbito de autoridades que pueden disponer de este personal. En todo caso, la recomendación del Informe de la Comisión de Expertos no iba mucho más allá, pues recomendaba que las distintas Administraciones especificaran los altos cargos que podrían disponer de este tipo de personal. Además, el legislador debería dejar claro que no cabe el nombramiento de personal eventual para los grupos políticos de los Entes Locales, puesto que ésta es una práctica que viene teniendo lugar. Así, el TSJ de Castilla-La Mancha, en sentencia de 3 de diciembre de 2012 ha tenido que aclarar que, de acuerdo con el artículo 12.2 EBEP, no cabe el nombramiento de personal eventual para grupos políticos, porque de acuerdo con esa normativa solo pueden disponer de eventuales por determinación legal los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas dentro de las que no están los grupos políticos.

d) Transparencia sobre el personal eventual

El EBEP también ha tenido en cuenta la necesidad de limitar la opacidad que en muchas Administraciones Públicas viene existiendo sobre el nombramiento y condiciones del personal eventual, pero no ha asumido por completo las recomendaciones del Informe de la Comisión de Expertos. Dicho Informe, como se ha indicado, recomendaba que se estableciera la obligación de cada Administración de informar periódicamente a la ciudadanía del número de empleados eventuales con que cuentan, funciones que llevan a cabo, órganos donde prestan sus servicios y retribución global. Además, recomendaba hacer publicidad comparativa de ejercicios anteriores, para poder apreciar la evolución de este personal en cada Entidad. En cambio, el EBEP exige únicamente que se publiquen “*el número máximo*” de personal eventual establecido por el respectivo órgano de gobierno, así como “*las condiciones retributivas*”. Por tanto, el EBEP ni siquiera alcanza la regla del artículo 104.3 de la Ley 7/1985, según la cual los nombramientos de personal eventual deben ser publicados en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.¹¹⁹⁴

El secreto en la identidad de las personas nombradas como personal eventual no tiene sentido, cuando en el Boletín Oficial correspondiente figuran los nombramientos de otros empleados públicos, como el personal funcionario de carrera y laboral fijo. Y dicho secreto es totalmente contrario al principio de transparencia de la actividad administrativa, tal y como se expone en el Capítulo 7 de esta tesis doctoral. Como mucho, sería admisible mantener el secreto en caso de nombramientos relacionados con supuestos muy excepcionales y justificados,

¹¹⁹⁴ FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “El personal eventual en tiempos de crisis”, *AJA*, nº. 856, 2013.

como la Seguridad Nacional, debiendo estar estos supuestos fijados en la ley. Refiriéndose a la regla de publicidad de los nombramientos del artículo 104.3, señala ITURRIAGA URBISTONDO¹¹⁹⁵ que “la finalidad de esta publicación es en primer lugar, dar transparencia y publicidad al nombramiento y en segundo lugar que sirva de medio de control público ante posibles irregularidades o ante la utilización de esta figura con finalidades distintas a la prevista en la normativa de aplicación, y aunque no se establece plazo alguno para el cumplimiento de esta obligación de publicidad, lo lógico es que la misma no se demore en exceso”.

Debe destacarse que algunas Administraciones Públicas han realizado esfuerzos de transparencia. Así, puede destacarse el Acuerdo del Govern catalán de 18 de enero de 2011 (Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya nº. 5800, de 20 de enero de 2011, por el que se establece el número de puestos de trabajo reservado a personal eventual y se regulan determinados aspectos de su régimen. Esta Acuerdo dispone que “los puestos de trabajo de personal eventual deben constar en la correspondiente relación de puestos de trabajo” y que “la resolución de nombramiento de personal eventual, en la cual tienen que constar las funciones que corresponden en el puesto y las retribuciones asignadas, se tiene que publicar en el DOGC. Además, el Departamento de Gobernación y Relaciones Institucionales hará pública, a través de los medios electrónicos de su competencia, la relación de puestos de trabajo eventual con indicación del departamento de adscripción, la naturaleza del puesto, las funciones, las retribuciones totales y el complemento específico asignado, así como la persona nombrada. Esta relación se tiene que actualizar cada vez que haya una variación”. El efectivo cumplimiento de este Acuerdo puede comprobarse en la dirección electrónica de la Generalitat <http://www20.gencat.cat/portal/site/governacio/menuitem.f38655dcaeee399e8e629e30b0c0e1a0/?vgnnextoid=973f25f8aee17210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextchannel=973f25f8aee17210VgnVCM1000008d0c1e0aRCRD&vgnnextfmt=default>, donde figura la identidad de las personas que cubren los puestos eventuales así como incluso el complemento específico que tienen asignado.¹¹⁹⁶ En conclusión, el EBEP debería haber establecido la obligación de publicar, en el correspondiente Boletín Oficial, los nombramientos de personal eventual, las retribuciones que perciben y su dedicación. También debería imponer la publicación en la Web oficial del número máximo de personal eventual establecido en cada Administración Pública, y, junto a dicho número máximo, el número real de personal eventual existente en cada momento, comparándolo con el de los dos ejercicios anteriores. Así como incluir en dicha Web el listado de personal eventual de cada Administración Pública, con

¹¹⁹⁵ ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

¹¹⁹⁶ También resulta de interés el Catálogo de puestos eventuales 2012 publicado por la Comunidad Autónoma de la Rioja, en la dirección electrónica <http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=650440>, donde se indica el sueldo bruto anual correspondiente a cada puesto eventual.

identidad y retribuciones individuales.¹¹⁹⁷ Y para reforzar el cumplimiento de este deber de publicación, la ley debería establecer que el programa informático de gestión de personal a que se hace referencia en esta tesis doctoral (capítulo 6) incluya el control de la realización de estas publicaciones, así como disponer que los órganos de Intervención no fiscalizarán de conformidad el pago de la nómina del personal eventual en tanto en cuanto no conste dicha publicación.

En cuanto se refiere a las leyes autonómicas, algunas muy recientes, como la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, no aportan nada nuevo a la transparencia, pues dicha ley sólo dispone que el número máximo de personal eventual y sus condiciones retributivas serán públicos, por lo que nada añade a lo dispuesto en el EBEP. Sí debe destacarse que la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, establece en su artículo 16 que *“su nombramiento y cese (...) serán publicados en el Boletín Oficial de Castilla y León”*. También establece en su artículo 7 que *“la consellería competente en materia de función pública llevará un registro público en el que figuren las titulaciones académicas y las remuneraciones percibidas por el personal eventual”*. Por su parte, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares establece, respecto del personal eventual, sí ha dispuesto que *“los nombramientos y los ceses se publicarán en el Butlletí Oficial de les Illes Balears”*. Por su parte, el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013, dispone que *“las Corporaciones locales publicarán en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual con la periodicidad que reglamentariamente se establezca”*. Esta previsión es insuficiente a la vista de lo expuesto anteriormente.

e) Inclusión de los puestos de trabajo del personal eventual en la relación de puestos de trabajo

Se ha planteado la cuestión de si los puestos de naturaleza eventual debían figurar en las Relaciones de Puestos de Trabajo de las Administraciones Públicas. Al respecto, LARIOS RISCO¹¹⁹⁸, en referencia a la Administración Local, indicaba, con base en lo dispuesto en los artículos 15 y 16 de la Ley 30/1984, que no existía en dicha normativa mención expresa a los puestos de personal eventual, de modo que su inclusión tenía lugar en las plantillas, que solamente tienen carácter presupuestario. Aunque dicha normativa se refería a los puestos de

¹¹⁹⁷ FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “El personal eventual en tiempos de crisis”, *AJA*, nº. 856, 2013.

¹¹⁹⁸ LARIOS RISCO, D., “Artículo 12. Personal Eventual”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009, pg. 144.

trabajo, entre los que cabe incluir los del personal eventual. Actualmente, mayoritariamente se entiende que los puestos de trabajo desempeñados por personal eventual deben figurar en la RPT, siendo numerosas las leyes autonómicas que así lo establecen. Como ejemplo, puede citarse el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, que dispone que *“es personal eventual el que, (...) ocupa un puesto de trabajo (...) que figura con este carácter en la correspondiente relación de puestos de trabajo”*, y que *“la Diputación General aprobará (...) las relaciones de puestos de trabajo de los Departamentos, en las que figurarán todos los puestos permanentes de su organización, con expresión de su naturaleza de puesto de funcionario, de contratado laboral o de personal eventual”*. Por su parte, la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, dispone que *“todos los puestos de trabajo de la administración autonómica de personal funcionario, de personal laboral o de personal eventual deben figurar en la relación de puestos de trabajo”*. En definitiva, y para favorecer el control sobre el volumen y la regularidad del personal eventual, es necesario que el Estatuto Básico del Empleado Público disponga expresamente que los puestos de trabajo que pueda desempeñar el personal eventual figuren en la RPT.¹¹⁹⁹

f) Retribuciones del personal eventual

Respecto a la cuantía de las retribuciones del personal eventual, el EBEP se limita a señalar que será *“retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin”* y que *“las condiciones retributivas serán públicas”*. Por su parte, el artículo 20.2 de la Ley 20/1984 disponía que *“el Gobierno y en el ámbito de sus competencias los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Pleno de las Corporaciones Locales, determinarán el número del puestos con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados al efecto”*. Por tanto, no existía obligación de asimilar las retribuciones del personal eventual a las fijadas para los funcionarios de carrera. Esta asimilación, según ITURRIAGA URBISTONDO¹²⁰⁰, *“facilitaría el sistema retributivo de todo el personal y supondría un límite a desorbitadas retribuciones que, en muchas Entidades Locales, percibe este tipo de personal sin que ello responda a un criterio ni lógico ni objetivo”*. Alguna norma más antigua sí estableció alguna limitación, como el artículo 105 el Decreto 3046/77, de 6 de octubre, por el que se aprobó el Texto Articulado Parcial de la Ley 41/1975, de 19 de octubre, de Bases del Estatuto de Régimen Local, que estableció que la retribución del personal eventual no podría exceder de la

¹¹⁹⁹ FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “El personal eventual en tiempos de crisis”, *AJA*, nº. 856, 2013.

¹²⁰⁰ ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, Junio 2007.

correspondiente al nivel de titulación que resultara adecuado a la función a desempeñar fijándose en función de la naturaleza del puesto.

En todo caso, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen asimilando las retribuciones del personal eventual a las del personal funcionario. Así, el artículo 26 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, dispone en su apartado Cuatro que *“el personal eventual percibirá las retribuciones por sueldo y pagas extraordinarias correspondientes al grupo o subgrupo de clasificación al que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas asimile sus funciones y las retribuciones complementarias que correspondan al puesto de trabajo, reservado a personal eventual, que desempeñe, siendo de aplicación a este colectivo lo dispuesto en el párrafo B) del apartado Uno de este artículo”*. (Dicho párrafo B) dispone que “B) Las pagas extraordinarias, que serán dos al año, una en el mes de junio y otra en el mes de diciembre, y que se devengarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988. Cada una de dichas pagas incluirá las cuantías de sueldo y trienios fijadas en el artículo 22.Cinco.2 de esta Ley y del complemento de destino mensual que se perciba”.)

También añade en su apartado Cinco que *“el complemento de productividad podrá asignarse, en su caso, a los funcionarios interinos, al personal estatutario temporal y al personal eventual, así como a los funcionarios en prácticas, cuando las mismas se realicen desempeñando un puesto de trabajo, siempre que esté autorizada su aplicación a los funcionarios de carrera que desempeñen análogos puestos de trabajo, salvo que dicho complemento esté vinculado a la condición de funcionario de carrera”*. Estas reglas de asimilación que el Estado asume anualmente, deberían figurar con carácter permanente en el EBEP, para que el personal eventual no se convierta en una figura utilizada para atribuir retribuciones desmesuradas e injustas (por no corresponder con las tareas realmente realizadas) a personas afines al poder político.

3.3.- Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario

3.3.1.- La evolución de la contratación administrativa de personal por las Administraciones Públicas

Los contratos administrativos de servicios, cuando se celebran con personas físicas, plantean la cuestión de su distinción con el contrato laboral¹²⁰¹.

¹²⁰¹ En el caso de que el contrato administrativo se suscriba con una persona jurídica, puede surgir otra cuestión distinta, que es la posible existencia de una cesión ilegal de

Tradicionalmente se ha analizado por la doctrina y la jurisprudencia la delimitación entre los contratos laborales y los contratos administrativos a efectos de evitar que, mediante la celebración de contratos administrativos, se eluda la aplicación de las garantías propias del Derecho Laboral por las Administraciones Públicas (duración y extinción del contrato laboral, retribuciones mínimas, cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.).

Además, el uso fraudulento de los contratos administrativos, para encubrir relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario, da lugar también a la vulneración de los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso al empleo público, ya que para su celebración no se siguen los procesos selectivos propios del personal laboral fijo o temporal ni del personal funcionario interino o de carrera.¹²⁰²

El Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) es muy claro en dos cuestiones: en primer lugar, al establecer los tipos de personal que pueden tener las Administraciones Públicas, y que son el personal funcionario de carrera, funcionario interino, laboral (fijo, indefinido o temporal) y el personal eventual (éste para casos excepcionales de confianza o especial asesoramiento). Y, en segundo lugar, al establecer los principios de igualdad, mérito y capacidad que han de seguirse para el acceso del personal funcionario (interino o de carrera) y laboral, los cuales no tienen correlativo reflejo en los procedimientos para la celebración de los contratos administrativos.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la declaración judicial de que un contrato administrativo de servicios encubre una relación laboral suele conllevar, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la aplicación de la figura del trabajador laboral indefinido no fijo, que presenta serios problemas desde la perspectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que acaba provocando la consolidación de hecho de un personal que no ha superado el correspondiente proceso selectivo para acceder a la condición de personal laboral fijo en la Administración Pública.

Por otro lado, la legislación de contratos prohíbe expresamente a las Administraciones Públicas contratar con terceros para realizar funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad (artículos 275.1 y 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público reserva al personal funcionario las tareas que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades administrativas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones

trabajadores por parte de dicha persona jurídica a favor de la Administración Pública, si se dan las circunstancias del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores.

¹²⁰² RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario”, *RAAP*, nº. 83, 2012, pg. 50.

Públicas. Por tanto, estas funciones o tareas no pueden ser objeto de los contratos administrativos.

Son varias las figuras de contrato administrativo respecto de las que se ha planteado la necesidad de distinguirlas del contrato laboral: inicialmente el contrato de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, en segundo lugar los contratos administrativos para trabajos específicos, posteriormente los contratos de consultoría y asistencia técnica, y finalmente los contratos administrativos de servicios.

La Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964¹²⁰³ introdujo en su artículo 6 la contratación administrativa de personal para dos supuestos: por un lado, la realización de trabajos específicos, concretos y extraordinarios o de urgencia y, por otro lado, la colaboración temporal en las dependencias administrativas cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función las tareas no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera disponibles. El Real Decreto 1742/1966 fijó una duración máxima de un año para estos contratos. Esta figura también se admitió en el ámbito de los Entes Locales por el Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, para "*funciones administrativas o técnicas, concretas*", con el mismo límite máximo de un año. Algunos autores señalaron que la regulación vigente no eliminaba la figura del interino perpetuo porque "no se da un baremo para calificar de excepcional una situación ni se dice que después de un contrato específico no superior a un año no puede venir otro y otro indefinidamente".¹²⁰⁴

La doctrina ha venido destacando los males que acarrea la contratación de personal a través de contratos administrativos, refiriéndose a que el personal así contratado "por razones de equivocado humanitarismo tienden a convertirse en permanentes", con el consiguiente incremento injustificado de las plantillas administrativas. Además, la figura del funcionario interino fue suprimida por el Real Decreto-ley 22/1977 (y en la Administración Local por la Ley 108/1963 y el Real Decreto 3046/1977)¹²⁰⁵ debido a los abusos cometidos en su utilización, lo cual derivó en la mayor utilización de los contratos administrativos.

Por esta y otras razones, la Administración incumplió reiteradamente el carácter excepcional de los dos supuestos de contratación administrativa previstos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, generando una gran bolsa de personal en este régimen. Como causas de esta situación, entre otras, se habla de la insuficiencia de recursos destinados en su momento por el Ministerio de Hacienda para proveer plazas en propiedad.¹²⁰⁶

¹²⁰³ Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

¹²⁰⁴ CAMARERO GIL, A., "El país", 21 de enero de 1982.

¹²⁰⁵ La figura del funcionario interino fue recuperada por la Ley 30/1984.

¹²⁰⁶ MARTÍNEZ BLANCO, A., "El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas", *DA*, nº. 194, 1982, pg. 9.

Por su parte, el proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública de 1979, solo preveía los funcionarios de carrera y el personal laboral, pero permitía personal eventual y el contrato administrativo para estudios o proyectos concretos y por tiempo determinado. En cuanto al Proyecto de Ley de Bases del Régimen Estatutario de los Funcionarios Públicos de 1981, seguía en la misma línea, limitando estos contratos administrativos a un año de duración.

La situación resultó compleja en el momento de los Entes preautonómicos y las Comunidades autónomas emergentes, debido a que el Real Decreto-ley 22/1977 había prohibido las interinidades, el Estado no transfería todos sus efectivos y las Comunidades Autónomas tenían otras competencias propias, si bien carecían de Cuerpos funcionariales propios y de plazas creadas. La contratación laboral también presentaba problemas, especialmente en orden a los supuestos en que resultaba legalmente admisible. Y, en cuanto a los contratos administrativos, su duración estaba limitada a un año. Ello dio lugar a la creación de la figura del contrato administrativo transitorio, destinado a extinguirse cuando se establecieran los sistemas selectivos de acceso a la carrera funcional. Así se hizo en la Generalitat de Cataluña, donde se estableció por el Decreto 166/1981 que si finalmente las plazas eran ocupadas por otras personas, a los contratados administrativos se les realizaría un nuevo nombramiento de interino o contrato administrativo transitorio.

La situación dio lugar a la necesidad, por un lado, de restringir la producción de nuevos excesos en la contratación administrativa y, por otro lado, de consolidar como funcionarios a la masa de contratados administrativos, laborales temporales y funcionarios interinos. Estas medidas fueron llevadas a cabo por el Real Decreto-ley 22/1977, la Ley 70/1978 y el Real Decreto 542/1979, que dieron lugar a la reserva a favor de este personal del 25% de las vacantes que se ofertaran en cinco años para pruebas de acceso a la condición de funcionarios. Estos sistemas de turnos restringidos o de reserva de cupos en los procesos selectivos libres (a finales de los 70 y principios de los 80) fueron criticados por la doctrina. Así, JOAN PRATS, en las Primeras Jornadas de la Función Pública FETAP-UGT de marzo-abril de 1981, indicaba que “estas bendiciones a todos los que contrataron a dedo, si se siguen produciendo, son la excusa para que los puestos de trabajo de la Administración sean administrados discrecionalmente por los políticos en función de sus clientelas particulares, y luego (...) se funcionaricen en la Carrera Administrativa para siempre las clientelas políticas”.

Lo que sí ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1982¹²⁰⁷, de 8 de febrero, es que “el carácter excepcional de la contratación administrativa (...), consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles

¹²⁰⁷ Que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 4/1981, de medidas urgentes sobre la función pública.

del Estado¹²⁰⁸ impide utilizar este procedimiento como vía normal de provisión de puestos en la función pública, lo diga así o no la norma particular”, añadiendo que “la opción entre una u otra vía¹²⁰⁹ de acceso a la función pública está condicionada por los principios básicos de la legislación estatal, que no son principios reguladores de los distintos procedimientos, sino definidores de la secuencia necesaria que entre ellos ha de darse, secuencia que define cuál haya de ser la estructura de la función pública y que obliga a acudir no a la contratación, sino a la interinidad, para la designación de quienes provisionalmente hayan de ocupar vacantes que definitivamente sólo pueden ser cubiertas por funcionarios de carrera. (...) la opción entre la contratación administrativa u otras vías de provisión no es una opción libre, sino realizada de acuerdo con la legislación básica del Estado”.

La situación no se ha resuelto con los mencionados procesos de consolidación de empleo temporal, sino que las Administraciones Públicas han continuado utilizando la figura del contrato administrativo para nutrirse de personal, eludiendo los procesos selectivos legalmente establecidos. Buena prueba de ello son los incesantes litigios planteados por quienes, habiendo sido irregularmente contratados bajo la forma del contrato administrativo, solicitan el reconocimiento de la naturaleza verdaderamente laboral de su condición, a efectos de conseguir su consolidación sin superar ningún proceso selectivo con pruebas de conocimientos de ningún tipo. Por tanto, el tema es de plena actualidad.

En conclusión, puede señalarse que la utilización de contratos administrativos para encubrir relaciones laborales o realizar funciones reservadas al personal funcionario es un fraude con una dimensión triple:

- Es un fraude al Derecho Laboral y a la Seguridad Social, y, por tanto, en perjuicio de los derechos de los trabajadores.

- Es también un fraude a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso a los empleos públicos (funcionariales y laborales), porque los requisitos exigidos por la ley para realizar contratos administrativos no son equiparables al proceso selectivo que debe seguirse para contratar personal (laboral, interino o funcional) por las Administraciones Públicas. Se trata, pues, de la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 14 y 23.2 de la Constitución.¹²¹⁰

- Es también una vulneración a la reserva de funciones del artículo 9.2 EBEP a favor del personal funcionario, cuando el contrato administrativo tiene por

¹²⁰⁸ Que era la normativa estatal vigente en aquel momento.

¹²⁰⁹ Acceso como funcionario interino o como contratado administrativo.

¹²¹⁰ El uso abusivo de la contratación administrativa da lugar a la denominada Administración paralela, como fenómeno a través del cual se sustraen funciones administrativas a los empleados públicos, especialmente a los funcionarios, y se atribuyen a personas que no pertenecen a la Administración Pública. (NIETO GARCÍA, A., “La noche oscura de la función pública”, *Cuadernos Económicos ICE*, nº. 13, 1980, y JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Políticas de selección...*, op.cit., pg. 424 y ss.).

objeto tareas que implican, directa o indirectamente, el ejercicio de potestades administrativas.

Analizaremos a continuación la delimitación entre las figuras del contrato administrativo y el contrato laboral, las irregularidades que se producen cuando se celebran contratos administrativos encubriendo relaciones laborales, así como las consecuencias jurídicas que ello tiene, sobre la base de la legislación vigente. Como se verá, la principal consecuencia jurídica es la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo.

En segundo lugar se analiza el supuesto en que la contratación administrativa tiene por objeto funciones reservadas al personal funcionario, determinado qué infracciones jurídicas conlleva y cuál es el régimen jurídico aplicable a esta situación.

En tercer lugar se analizan algunos supuestos en los que la propia legislación dispone expresamente que la relación jurídica es un contrato administrativo, a pesar de que puedan darse las notas de ajeneidad y dependencia propias de la relación laboral.

3.3.2.- La contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral

A) Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral

Debe indicarse, en primer lugar, que el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores excluye de su ámbito de aplicación *“la relación de servicio de los funcionarios públicos, que se regulará por el Estatuto de la Función Pública, así como la del personal al servicio del Estado, las Corporaciones locales y las Entidades públicas autónomas, cuando, al amparo de una ley, dicha relación se regule por normas administrativas o estatutarias”*. Por tanto, inicialmente parece que es la propia Administración Pública contratante la que elige el régimen jurídico aplicable en función de que decida celebrar un contrato administrativo o un contrato laboral. Sin embargo, la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores¹²¹¹ entra en juego cuando el contrato administrativo se realiza incurriendo en una flagrante desviación del cauce legal previsto, tal y como señala la STS de 18 de febrero de 1999.¹²¹²

¹²¹¹ Según dicho artículo 8.1, *“el contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”*.

¹²¹² Ver también, entre otras muchas, las SSTS de 2 y 10 de febrero, 27 de abril, 13 de julio, 24 de septiembre y 29 de septiembre de 1998.

Como se ha indicado, las figuras de contratos administrativos con los que ha surgido la polémica han sido varias: inicialmente el contrato de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo, en segundo lugar los contratos administrativos para trabajos específicos, posteriormente los contratos de consultoría y asistencia técnica, y actualmente los contratos administrativos de servicios. La doctrina y jurisprudencia se han esforzado por delimitar las fronteras entre estos contratos administrativos y los contratos laborales (especialmente los laborales temporales), como se expone a continuación.

a) Los contratos de colaboración temporal

Como se ha indicado, la Ley de Funcionarios Civiles del Estado introdujo en su artículo 6 la contratación administrativa de personal para dos supuestos: por un lado, la realización de trabajos específicos, concretos y extraordinarios o de urgencia y, por otro lado, la colaboración temporal en las dependencias administrativas cuando por exigencias y circunstancias especiales de la función las tareas no pudieran atenderse adecuadamente por los funcionarios de carrera disponibles. El Real Decreto 1742/1966 les fijó una duración máxima de un año. La figura también se admitió en el ámbito de los Entes Locales por el Decreto 3046/1977, para "*funciones administrativas o técnicas, concretas*", con el mismo límite máximo de un año.

El uso reiterado de estos contratos por las Administraciones Públicas dio lugar a numerosos litigios en los que el personal contratado reclamaba su condición laboral. Siguiendo a ROQUETA BUJ¹²¹³, la jurisprudencia emanada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- La elección entre el contrato administrativo de colaboración social y el contrato laboral temporal era una cuestión puramente organizativa, pudiendo la Administración elegir indistintamente cualquiera de las dos figuras.¹²¹⁴ Por tanto, la presunción de laboralidad del contrato establecida en el artículo 8.1 ET cedía cuando el clausulado del contrato lo sometía expresamente al régimen del contrato administrativo.¹²¹⁵ Así, cuando este contrato administrativo se extendía más allá del máximo legal del año, o se utilizaba para supuestos impropios del mismo, la relación contractual no perdía su carácter administrativo y no se presumía su carácter laboral.¹²¹⁶

- Entre el contrato de colaboración temporal y el contrato laboral no existían diferencias en cuanto a la prestación de servicios objeto de los mismos, sino que

¹²¹³ ROQUETA BUJ, R., "La Administración y el personal...", op.cit., pg. 116 y ss.

¹²¹⁴ Ver, entre otras, las SSTS de 9 de octubre de 1982 y 2 de abril de 1987.

¹²¹⁵ Ver, entre otras, las SSTS de 2 de mayo de 1984 y 11 de junio de 1987.

¹²¹⁶ Ver, entre otras, las SSTS de 23 de enero de 1985 y 25 de marzo de 1988.

se trataba de una cuestión organizativa, en cuya virtud, dentro de los límites legales, la Administración podía emplear cualquiera de las dos figuras.¹²¹⁷

El uso abusivo de este contrato por las Administraciones Públicas, a pesar del carácter excepcional que la Ley de Funcionarios Civiles del Estado le atribuía¹²¹⁸, dio lugar a una plantilla de trabajadores temporales en régimen administrativo, generada con desconocimiento de los procedimientos más rigurosos de selección del personal funcionario, y cuya contratación, además, se fue prolongando año tras año.¹²¹⁹ Por ello, finalmente la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984¹²²⁰ y la Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local¹²²¹, prohibieron la celebración de estos contratos y su renovación¹²²². Así, la Administración Pública perdió la válvula de escape que venía constituida por este tipo de contratos administrativos, aunque, paralelamente, la Ley 30/1984, tras la reforma operada por la Ley 23/1988, admitió la contratación laboral para un amplio abanico de funciones.¹²²³

Esta prohibición, que pretendía tener consecuencias positivas en orden a los procedimientos de acceso al empleo público, lo cierto es que también provocó un movimiento a favor de la estabilización en el empleo del colectivo de contratados administrativos, que dio lugar a procesos de integración de este personal en la función pública en muchas ocasiones poco respetuosos con los principios de igualdad, mérito y capacidad. De hecho, la propia Ley 30/1984, en su Disposición Adicional Sexta, y la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en su

¹²¹⁷ SSTs de 9 de octubre y 22 de noviembre de 1982, 2 de abril de 1987 y 23 de mayo de 1988.

¹²¹⁸ MARTOS NAVARRO, F., "Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales", en AA.VV., *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Coord., CASTILLO BLANCO, F.A., CEMCI, Granada, 1996, pg. 594.

¹²¹⁹ Ver GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., "Los problemas del personal no funcionario", *REALA*, nº. 225, 1985.

¹²²⁰ La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1984 dispuso que "a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no podrán celebrarse por las Administraciones Públicas contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo". Dicha Disposición tenía constituida legislación básica, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.3 de la Ley. Aunque la Disposición Adicional 20ª de la misma Ley dejó subsistente la figura los contratos de colaboración temporal en el ámbito universitario, para la contratación en régimen administrativo de profesores asociados, visitantes y ayudantes.

¹²²¹ La Disposición Transitoria Octava de la Ley 7/1985 estableció que "no podrán celebrarse por las Administraciones locales contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo, ni renovarse los existentes".

¹²²² Que sólo subsistieron en el ámbito de la enseñanza universitaria, para profesores asociados, visitantes y ayudantes.

¹²²³ ROQUETA BUJ, R., "La contratación administrativa de personal: evolución", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pg. 193, y GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999, pg. 131.

Disposición Transitoria Octava, regularon procesos selectivos de consolidación de los contratados administrativos en los que se valorarían los servicios efectivos ya prestados, estableciendo la aplicación de esta posibilidad también a las Comunidades Autónomas.¹²²⁴

b) Los contratos para trabajos específicos y concretos no habituales

El hueco dejado por los suprimidos contratos de colaboración temporal en régimen de Derecho administrativo fue ocupado por la figura del contrato para trabajos específicos y concretos no habituales¹²²⁵, que también figuraba inicialmente prevista en el artículo 6.2.a) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Así, la propia Ley 30/1984, en su Disposición Adicional Cuarta¹²²⁶, que prohibía los contratos de colaboración temporal, admitía expresamente esta otra modalidad, aunque se limitó a remitir su regulación a la Ley de Contratos del Estado. Posteriormente, se promulgó el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, que reguló esta figura, estableciendo también que su duración no podía exceder de un año, salvo que fueran complementarios de contratos de obras o lo exigiera la naturaleza y circunstancias de la prestación, en cuyo caso era la duración de aquellas obras o prestación de servicios la que determinaba la duración del contrato. Esta previsión de excepcional duración mayor del contrato constituyó una brecha para el uso fraudulento de la contratación administrativa de nuevo.¹²²⁷

Fue la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, la que aclaró su naturaleza jurídica expresamente como contrato administrativo¹²²⁸, y lo definió como el que, no teniendo por objeto las prestaciones del contrato de consultoría y asistencia ni del de servicios, “*se celebre excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos*”. Esta definición era bien amplia, constituyendo un auténtico cajón de sastre¹²²⁹ que fue utilizado por la Administración para contratar

¹²²⁴ Ver a este respecto el inconstitucional Real Decreto 2224/1985.

¹²²⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, AS, nº. 14/2000, OJEDA AVILÉS, A., “El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)”, REDA, nº. 56, 1987, pg. 492, y LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico...*, op.cit., pg. 235.

¹²²⁶ La citada DA 4ª de la Ley 30/1984 dispuso que “*Los contratos a celebrar excepcionalmente por las Administraciones Públicas con personal para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales se someterán a la legislación de contratos del Estado, sin perjuicio, en su caso, de la aplicación de la normativa civil o mercantil*”.

¹²²⁷ Así, la doctrina habló de que el contrato administrativo de servicios no había muerto. (ALARCÓN CARACUEL, M.R., *La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales*, Instituto de Administración Local, Sevilla, 1987, pg. 10.

¹²²⁸ Con una duración máxima de dos años.

¹²²⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001, pg. 164, y “Los contratos administrativos para

administrativamente cuando no podía utilizar los otros contratos administrativos típicos. Igualmente resultaba complicado imaginar un control a priori de la circunstancia de que las tareas no pudieran ser atendidas por la labor ordinaria de los órganos administrativos.¹²³⁰

Pero lo cierto es que la propia Ley 13/1995 no ayudó a deslindar las figuras contractuales, ya que, además de añadir el contrato de consultoría y asistencia técnica, mantenía una vaga definición del contrato para trabajos específicos, al indicar, en su artículo 197.4, que eran contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales los que, no siendo de consultoría y asistencia ni de servicios, se celebraban “excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos”.

De hecho, el uso tan expansivo y la conflictividad jurisdiccional generada por dicho contrato administrativo dieron lugar a la supresión de esta figura mediante la Ley 53/1999, cuya Exposición de Motivos indicaba, discretamente, que “hay que destacar la supresión del contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, por la razón de que la colaboración con profesionales que pretendía atender puede ser perfectamente articulada a través de contratos de consultoría y asistencia, evitando las dudas y dificultades que el carácter residual y la definición negativa de los contratos que ahora se suprimen han suscitado en la práctica de su aplicación concreta”.

En cuanto a la delimitación respecto del contrato de trabajo, la jurisprudencia señaló que los contratos administrativos para trabajos específicos podían ser utilizados para obtener un producto concreto (tal como un Dictamen profesional o un proyecto técnico), no para una actividad en sí misma con independencia del resultado.¹²³¹ Así, la STS de 18 de febrero de 1999 considera que la relación ha de presumirse laboral de acuerdo con el artículo 8.1 ET cuando “el trabajo efectivamente prestado consiste en servicios genéricos sin sustantividad propia”. También se señalaba que los contratos administrativos para prestar servicios tenían carácter excepcional, lo cual impedía su utilización para tareas que

trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado”, *TL*, nº. 41, 1997, pg. 36.

¹²³⁰ El propio artículo 201 de la Ley 13/1995 se ocupó de dejar claro que “*en ningún caso el otorgamiento de un contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales supondrá la existencia de una relación funcional o laboral entre la Administración y el contratista*”.

¹²³¹ Ver entre otras la STS de 15 de febrero de 1996, 2 de febrero, 15 de septiembre, 9 de octubre y 4 de diciembre de 1998 y 21 de enero, 18 de febrero, 3 de junio y 29 de septiembre de 1999. En concreto, la STS de 17 de octubre de 2006, con base en las anteriores, concluye que la figura del contrato administrativo para trabajos específicos tiene por objeto llevar a cabo un “trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un ‘trabajo específico’, es decir, un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final”.

podieran atender los funcionarios y laborales.¹²³² En definitiva, estos contratos administrativos solamente se consideraron admisibles por la jurisprudencia para realizar trabajos inhabituales, no servicios genéricos sin sustantividad propia, ni funciones habituales de las Administraciones Públicas.¹²³³

Dado que en numerosos casos la frontera con las prestaciones objeto del contrato de trabajo no estaban del todo claras, los órganos judiciales acudían al análisis de la dependencia o autonomía con que se prestaba el servicio¹²³⁴, tomando en cuenta circunstancias tales como que el servicio se prestara en las dependencias administrativas usando los medios de la Administración y sometiéndose al horario y jornada del personal de ésta. En este sentido, el propio artículo 197.1 de la Ley 13/1995 exigía que las empresas adjudicatarias dispusieran de los elementos personales y materiales suficientes para ejecutar el contrato.

En todo caso, como indica ROQUETA BUJ¹²³⁵, la elección entre el contrato administrativo para trabajos específicos y el contrato laboral no era una pura decisión organizativa, sino que había criterios materiales que imponían una u otra figura, de manera que, si los órganos judiciales concluían que en el caso concreto concurrían las características propias de una relación laboral, entonces procedía la aplicación de la presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET.

c) Los contratos de consultoría y asistencia y los contratos de servicios

Las tareas que la Administración venía cubriendo mediante los contratos para trabajos específicos, a pesar de la supresión de esta figura por la Ley 53/1999, continuaron instrumentándose a través de otros contratos igualmente administrativos, que son los de consultoría y asistencia y los de servicios. Por tanto, el problema del encubrimiento de relaciones laborales mediante contratos administrativos no se resolvió.

En cuanto se refiere a la delimitación de las fronteras entre la relación laboral y los contratos administrativos de consultoría y asistencia y los de servicios, la doctrina considera aplicable los criterios de la doctrina jurisprudencial anterior, que se ocupó de deslindar las figuras del contrato administrativo para trabajos específicos y los contratos laborales, por tratarse de la misma cuestión.¹²³⁶

Como indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN¹²³⁷, los problemas de colisión con las figuras contractuales del Derecho Laboral se plantean por dos vías:

¹²³² SSTS de 13 de abril de 1989, 19 de setiembre de 1996 y 20 de octubre de 1998, entre otras.

¹²³³ Ver las SSTS de 2 de febrero y 19 de junio de 1998, entre otras.

¹²³⁴ Ver, entre otras, las SSTS de 13 de abril de 1989, 26 de octubre de 1992, 20 de octubre de 1998 y 29 de setiembre de 1999.

¹²³⁵ ROQUETA BUJ, R., "La contratación administrativa...", op.cit., pg. 199.

¹²³⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Contratación temporal...", op.cit., pg. 165.

¹²³⁷ Op.cit., pg. 167.

- La legislación sobre contratos administrativos enumera las actividades concretas que pueden ser objeto de contratación administrativa, resultando que una buena parte de ellas también pueden ser objeto del contrato laboral.

- La legislación sobre contratos administrativos es tan poco clara en sus definiciones, que puede alcanzar numerosas tareas para las que ya existe la figura del contrato laboral temporal de obra o servicio determinado.

En definitiva, por la propia definición expresa, o por la laxitud de los términos del legislador, los contratos administrativos parecen tener un ámbito tan amplio, que se superponen sobre las tareas que también pueden ser objeto del contrato laboral.¹²³⁸ Así, en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el contrato de consultoría y asistencia tenía por objeto prestaciones relacionadas con las actividades profesionales e intelectuales¹²³⁹, y el contrato de servicios tenía objeto:

“a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia, trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.

b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.

¹²³⁸ Indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN que “la opción del legislador de no elaborar una lista tasada y exhaustiva de necesidades o actividades cuya cobertura pueda efectuarse en régimen administrativo, sino mantener las fórmulas definitorias de la LCAP en su versión de 1995, ha supuesto perder una oportunidad muy valiosa para solucionar los problemas que la convivencia de estos regímenes genera”. Y distingue la citada autora el caso en que se trata de prestaciones enumeradas expresamente en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, como la realización de encuestas, en cuyo caso “la elección del régimen administrativo en lugar del laboral es inatacable”, y el caso en que la prestación encaja en una definición más amplia o abstracta contenida en la legislación de contratos, en cuyo caso sí cabe interpretar restrictivamente dicha legislación. (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal...”, op.cit., pg. 171 y ss.).

¹²³⁹ Concretamente:

“a) Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnico, organizativo, económico o social, así como la dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

b) Llevar a cabo, en colaboración con la Administración y bajo su supervisión, las siguientes prestaciones:

- Toma de datos, investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico.

- Asesoramiento para la gestión de bienes públicos y organización de servicios del mismo carácter.

- Estudio y asistencia en la redacción de proyectos, anteproyectos, modificación de unos y otros, dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras e instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos.

- Cualesquiera otros servicios directa o indirectamente relacionados con los anteriores y en los que también predominen las prestaciones de carácter intelectual”.

c) *De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones.*

d) *Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma”.*

La definición de los contratos de consultoría y asistencia técnica y de los contratos de servicios continuó siendo sustancialmente la misma¹²⁴⁰ tras las modificaciones operadas por la Ley 53/1999.

Finalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha suprimido la figura del contrato de consultoría y asistencia técnica, por lo que solamente existe la figura del contrato de servicios. Dicho contrato de manera abstracta, se define como aquél “cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro” (artículo 10 del vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). La definición es irreprochable, ya que, efectivamente, a través de un contrato administrativo es posible realizar estas prestaciones. Sin embargo, autores como MENÉNDEZ SEBASTIÁN consideran que el legislador perdió una valiosa oportunidad para solucionar los problemas de delimitación entre la contratación laboral y administrativa, al no elaborar una lista exhaustiva y tasada de las actividades susceptibles de ser objeto de contrato administrativo.

Lo cierto es que el objeto de los contratos administrativos de servicios (y de los anteriores contratos de consultoría y asistencia técnica y para trabajos específicos) coincide con las tareas que pueden ser objeto de contrato laboral.¹²⁴¹ De hecho, el antiguo artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, citaba como funciones asumibles a través de contratos laborales tareas que pueden ser objeto de un contrato administrativo de servicios.¹²⁴² Así, como indica MENÉNDEZ

¹²⁴⁰ Eliminando del objeto del contrato de consultoría y asistencia la toma de datos, que pasa a ser objeto del contrato de servicios, y aclarando en la cláusula de cierre que el contrato de consultoría y asistencia comprende en particular “los contratos que la Administración celebre con profesionales, en función de su titulación académica”.

¹²⁴¹ RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia”, en AA.VV., El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. I, Madrid, 2009, pg. 255.

¹²⁴² Dicho artículo 15 de la Ley 30/1984 (reformado por la Ley 23/1988) citaba:

- Los puestos de naturaleza no permanente y aquellos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo.
- Los puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia, porteo y otros análogos;
- Los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, encuestas, protección civil y comunicación social, así como los puestos de las áreas de expresión artística y los vinculados directamente a su desarrollo, servicios sociales y protección de menores;

SEBASTIÁN¹²⁴³, el solapamiento de actividades en la contratación laboral y administrativa tenía lugar incluso cuando la norma administrativa enumeraba las actividades concretas que pueden ser objeto del contrato administrativo y coincidían con las que la Ley 30/1984 reservaba al personal laboral en su artículo 15.1.c).

Así ocurría con el caso de la realización de encuestas y con las tareas de mantenimiento y conservación de equipos e instalaciones. Igual sucedía con la contratación de profesionales y técnicos, prevista para el contrato de consultoría y asistencia técnica, pues el artículo 15.1 c) de la Ley 30/1984 permitía la contratación en régimen laboral para ocupar puestos de actividades que requiriesen conocimientos técnicos especializados.¹²⁴⁴ En definitiva, la falta de concreción de la legislación vigente en orden a la delimitación entre los contratos laborales y los contratos administrativos facilitó el uso fraudulento de éstos¹²⁴⁵.

Refiriéndose al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000), RODRÍGUEZ ESCANCIANO¹²⁴⁶ ha entendido que los contratos administrativos de servicios y consultoría y asistencia operaron como un cajón de sastre porque la ley no estableció expresamente que los contratos administrativos que suscribiera la Administración con profesionales en función de su titulación se debían restringir a aquellas labores predominantemente intelectuales y que no supusieran la realización de tareas propias de los empleados públicos. Y añade que el legislador, con ocasión de la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, ha dejado pasar la oportunidad de definir mejor el contrato de servicios, estableciendo cautelas sobre la utilización del mismo, especialmente cuando el contratista sea persona física.¹²⁴⁷

- Los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño,

- Los puestos de trabajo en el extranjero con funciones administrativas de trámite y colaboración y auxiliares que comporten manejo de máquinas, archivo y similares.

- Los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo.

¹²⁴³ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado", AS, nº. 14/2000.

¹²⁴⁴ Cuando no existieran Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tuvieran la preparación específica necesaria para su desempeño.

¹²⁴⁵ MORA MATEO, J.E., "La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputación Provincial de Zaragoza, Barcelona, 2004, pg. 135 y ss.

¹²⁴⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias", AS, nº. 42/2010, y "Capítulo II...", op.cit., pg. 305.

¹²⁴⁷ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El fenòmen de la successió...*, op.cit., pg. 100.

En todo caso, teniendo en cuenta la nueva definición del contrato de servicios contenida en la Ley de Contratos del Sector Público, dicha autora ha entendido que la doctrina jurisprudencial que aprecia la existencia del contrato administrativo para trabajos específicos y no habituales cuando se trata de la contratación de un producto o resultado concreto, ya no resulta aplicable.¹²⁴⁸ Así es, ya que dicha ley admite el contrato administrativo de servicios no solamente para obtener un resultado, sino también cuando su objeto “son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad”.

d) Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral

La determinación de si una relación jurídica contractual tiene o no naturaleza laboral ha sido y es una compleja cuestión sobre la que resulta difícil establecer reglas generales. En todo caso, debemos partir de que no puede depender de cómo la denominen o califiquen las partes¹²⁴⁹, y, en este sentido, la jurisprudencia viene reiterando que los contratos son lo que son, independientemente de la denominación dada por las partes.

No obstante, debemos indicar también que la jurisprudencia no ha sido del todo clara en este tema, ya que ha venido reconociendo también el criterio de calificación en función de la decisión de la Administración. Así, como ejemplo puede citarse la STS de 18 de junio de 1991, que indica que “entre el régimen administrativo y el laboral no existe en principio ninguna diferencia de contenido esencial vinculada a la naturaleza objetiva de los servicios prestados, sino que se trata de una cuestión de técnica organizativa al poder utilizar la Administración, respetando los límites legales, ambas modalidades de reclutamiento de personal y, en consecuencia, lo decisivo para calificar como administrativa una relación es la existencia de una norma con rango legal que le atribuya ese carácter, debiendo atenderse predominantemente en esa calificación a la correspondencia real entre el tipo legal y la prestación de trabajo efectivamente concertada”.

También la STS de 2 de febrero de 1998 reconocía que la imprecisa frontera entre el contrato administrativo y el contrato laboral había llevado al propio legislador laboral y a la jurisprudencia a tomar como criterio diferenciador la norma reguladora y no la naturaleza real del servicio prestado, de modo que el acogimiento voluntario de las partes al Derecho Administrativo destruía la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, siendo suficiente, entonces, con que el contrato incorporase expresamente esa cláusula de remisión excluyente del orden social.

¹²⁴⁸ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo...”, op.cit., pg. 309.

¹²⁴⁹ SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, AS, nº. 14/2007.

En todo caso, y siguiendo a SEMPERE NAVARRO y QUINTANILLA NAVARRO¹²⁵⁰, pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la doctrina mayoritaria recogida en las sentencias del Tribunal Supremo:

- Los contratos administrativos tienen por objeto fundamentalmente un resultado que se ha de lograr mediante una actividad realizada por el contratista, pero no se toma como objeto la actividad en sí misma independiente del resultado final. Por tanto, el contrato administrativo debe recaer sobre un producto delimitado y no sobre la actividad en sí misma (En este sentido, las SSTs de 13 de abril de 1989, 18 de diciembre de 1991, 2 de febrero, 27 de abril, 13 de julio, 15 y 24 de septiembre y 4 de diciembre de 1998, y 29 de septiembre de 1999).

- La presunción de laboralidad del artículo 8.1 ET opera cuando se trata de trabajos genéricos, prestados en régimen de dependencia y ajeneidad, que es propio del contrato de trabajo (En este sentido, las SSTs de 5 y 10 de diciembre de 1996, 15 y 22 de abril de 1997, 24 de septiembre de 1998, y 21 diciembre 1999). Así, los órganos judiciales atienden al requisito de la dependencia para marcar la diferencia entre el contrato administrativo para trabajos específicos y concretos no habituales, respecto del contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado.

La doctrina también viene señalando que en los contratos administrativos, frente a los laborales, se contempla fundamentalmente un resultado, no una actividad en sí misma¹²⁵¹, y que, a diferencia de los contratos laborales, han de tener por objeto actividades excepcionales y no habituales de la Administración.¹²⁵² De hecho, autores como MENÉNDEZ SEBASTIÁN aluden al carácter excepcional de las prestaciones susceptibles de ser objeto de contrato administrativo, de modo que no estén atendidos por la labor ordinaria de los órganos administrativos y exista en la Administración una imposibilidad en su propio personal laboral y funcionario para prestar esa actividad técnica o material. Así, si la Administración tiene personal para realizar la prestación, no existe justificación para acudir a un contrato administrativo de servicios.

Por tanto, la excepcionalidad es entendida por la citada autora como excepcionalidad de la prestación, de manera que, cuando la actividad de que se trate es habitual, entonces debe habilitarse un puesto de trabajo, a ocupar por funcionario o laboral, según los casos, de modo que la actividad no es realizable mediante un contrato administrativo de servicios. Sin embargo, la citada autora concluye que “esta afirmación no tiene aún reflejo normativo” y que en la práctica

¹²⁵⁰ SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, AS, nº. 14/2007.

¹²⁵¹ SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas”, en *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputación Provincial de Zaragoza, 2004, pg. 76.

¹²⁵² SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas asociados...”, op.cit., pg. 76.

parece difícil hacer viable tal obligación de habilitar los puestos de personal funcionario o laboral.¹²⁵³

En todo caso, no parece posible distinguir los contratos laborales y los contratos administrativos de servicios en función de la prestación que constituye su objeto, sino que el criterio de distinción radica en que la relación entre ambas partes se caracterice o no por la dependencia y ajeneidad propias de la relación laboral.¹²⁵⁴ En efecto, el problema de deslinde entre estas dos figuras es el mismo que el que se plantea con la contratación de trabajadores autónomos por las empresas privadas, que en ocasiones utilizan también la contratación mercantil para encubrir verdaderas relaciones laborales, en fraude del Derecho Laboral. Así, si la relación jurídica articulada a través del contrato administrativo de servicios reúne en verdad las características del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, entonces se tratará de una relación laboral.¹²⁵⁵

¹²⁵³ MENÉNDEZ SEBASTIAN, P., *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones Intelectuales, asistencias y consultorías*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009, pg. 431.

¹²⁵⁴ Entre otras sentencias, la de la Sala Social del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2002 indica que "los aspectos formales no alteran lo que aquí prima: relación de subordinación y dependencia, retribuida, dentro del ámbito rector de la corporación (aún con autonomía, por razón de las mismas funciones, de jornada y organización), en la que se hacía efectiva una deuda de trabajo, no un resultado, realizado por sí, como obligación personal nacida de la propia relación".

¹²⁵⁵ No puede ser objeto del presente trabajo el análisis en profundidad de las características definitorias de la relación laboral. En todo caso, siguiendo a LUJÁN ALCARAZ, puede destacarse que el Estatuto de los Trabajadores positivizó la interpretación jurisprudencial y doctrinal de las notas de laboralidad, declarando que la dependencia definitoria de la relación laboral significa la integración del trabajador en el círculo rector, organicista y disciplinario del empresario por cuya cuenta se realiza el trabajo. No obstante se trata de conceptos jurídicos interpretables, y, por ello, como indica el citado autor, "la determinación de la existencia del contrato de trabajo ha dejado de ser una operación técnicamente muy problemática". (LUJÁN ALCARAZ, J., "El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 58, 2005, pg. 40).

En todo caso, sobre la delimitación de las relaciones laborales, pueden verse, entre otras muchas, las siguientes obras: AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999, AA.VV., *El trabajo autónomo*, número monográfico de la revista *Relaciones Laborales*, 7-8/2000, ALARCÓN CARACUEL, M., "La ajeneidad en el mercado. Un criterio definitorio", *REDT*, nº. 28/1986, BAYLOS GRAU, A.P., "La "huida" del Derecho del Trabajo. Significados y ambivalencias", en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Coord. ALARCÓN CARACUEL, M., y MIRÓN, M., Marcial Pons, Madrid, 2000, CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo", en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Coord. ALARCÓN CARACUEL, M., y MIRÓN, M., Marcial Pons, Madrid, 2000, CERVILLA GARZÓN, M^a.D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Serie Monografías nº. 186, Valencia, 2001, GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999, GOERLICH PESET, J.M^a., "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", en AA.VV., *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, LÓPEZ GANDÍA, J., *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, LUJÁN ALCARAZ, J., "Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial", *AS*, nº. 16/2000, y *La contratación privada de servicios y el contrato*

Qué criterios objetivos ponen de manifiesto la dependencia y ajeneidad es una cuestión que puede ser difícil de determinar en abstracto, pero podrían aplicarse numerosos criterios: los de la Ley del IRPF para distinguir cuándo la actividad de arrendamiento de inmuebles es verdadera actividad económica (tener un local y un empleado afectos a dicha actividad), o la simple constatación de que el prestador del servicio no tiene más clientes al margen de la Administración contratante¹²⁵⁶, que no tiene los medios personales y materiales propios de una organización autónoma, o que utiliza los medios de la Administración Pública contratante para realizar el trabajo, se somete a instrucciones en régimen de subordinación, o realiza el servicio en la sede administrativa con sometimiento al horario del personal laboral o funcionario, o se le reconocen períodos de descanso y vacaciones propios del personal laboral o funcionario.¹²⁵⁷

En definitiva, se trata de que el prestador del servicio tenga o no una propia organización empresarial o profesional y no realice la prestación bajo el poder de dirección de la Entidad contratante, en condiciones de ajeneidad y dependencia. Es decir, que los contratos administrativos no pueden celebrarse con personas físicas que desarrollen un trabajo dependiente e inserto en la estructura organizativa del Ente Público contratante.¹²⁵⁸

Por otro lado, NICOLÁS MARTÍNEZ¹²⁵⁹ entiende que la regulación contenida en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público podría aconsejar la revisión de la doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre contrato administrativo y relación laboral, por los siguientes motivos:

- A diferencia de la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la Ley de Contratos del Sector Público opta por una formulación abierta del objeto del contrato administrativo de servicios, que, en principio, puede abarcar cualquier tipo de actividad. Por lo tanto, resulta ya dudosa la vigencia de la doctrina

de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo, MTSS, Madrid, 1994, MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo", *REDT*, nº. 91, 1998, REVILLA ESTEVE, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003, SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004, y TRIGO GARCÍA, M^a.B., *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

¹²⁵⁶ Anteriormente la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al regular los contratos de consultoría y asistencia y de servicios, establecía en su artículo 198 que las empresas adjudicatarias debían "disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato". En relación con esta exigencia, se ha entendido que para que la relación con una persona física no se considere laboral, deben concurrirse las notas propias del trabajo autónomo, según la Ley 20/2007, de 11 de julio, reguladora del Estatuto del Trabajador Autónomo.

¹²⁵⁷ SSTS de 2 de febrero, 27 de abril, 15 d y 24 de septiembre y 4 de diciembre de 1998.

¹²⁵⁸ CORDERO SAAVEDRA, L., *Régimen de trabajo...*, op.cit., pg. 140.

¹²⁵⁹ NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., "Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos", en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dykinson, Madrid, 2009, pg. 237 y ss.

jurisprudencial que exigía para el contrato para trabajos específicos y concretos no habituales que tuviera por objeto un resultado y uno una mera actividad.

- A diferencia de la anterior legislación de contratos, la Ley de Contratos del Sector Público no exige expresamente que el contratista cuente con una organización de medios materiales y humanos para ejecutar el contrato.¹²⁶⁰

- En la Ley de Contratos del Sector Público también ha desaparecido la obligación de justificar en el expediente de contratación la insuficiencia, falta de adecuación o conveniencia de no ampliar los medios personales de la Administración para cubrir las necesidades que van a ser objeto del contrato administrativo.

Sin embargo, estas tres razones no son realmente suficientes para alterar la declaración como laboral de una relación encubierta por un contrato administrativo si concurren las características propias de la relación laboral (ajeneidad, dependencia, e inserción en el ámbito de organización y dirección de la Administración contratante). En efecto, es cierto que los contratos administrativos de servicios pueden tener por objeto una simple actividad, no necesariamente un resultado, pero si la actividad se realiza con ajeneidad y dependencia, en tal caso se trata de una relación laboral. Por otro lado, aunque la Ley de Contratos del Sector Público no exija expresamente que el contratista cuente con una organización de medios materiales y humanos para ejecutar el contrato, ello no significa que esté estableciendo que la relación será administrativa aunque se den las características de ajeneidad y dependencia propios de la relación laboral. Si estas características se dan, entonces la relación es laboral, porque la dependencia y ajeneidad son definitorias de la misma, según el propio Estatuto de los Trabajadores.

Finalmente, el hecho de que la Administración justificara en el expediente que carecía de personal o que no le convenía tenerlo, para el servicio de que se tratara, no prejuzgaba tampoco la naturaleza de la relación. Simplemente se estaba indicando que, para la actividad de que se trate, la Administración puede elegir tener su propio personal o bien contratar a empresas. Así, si contrata a una empresa de limpieza, no tiene ya que justificar si el motivo es que no tiene o no quiere más personal laboral. Pero si contrata a una persona física para la limpieza y esta actividad se desarrolla con ajeneidad y dependencia, bajo el poder de dirección de la Administración, entonces la relación será laboral.

En conclusión, sí existe un criterio que determina cuándo procede el contrato laboral y cuándo procede el contrato administrativo de servicios, y ese

¹²⁶⁰ El artículo 198 de la Ley 13/1995, de 18 de Mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas exigía en los contratos de consultoría y asistencia y de servicios que el adjudicatario dispusiera "*de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato*". En iguales términos se expresaba el artículo 197 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

criterio viene establecido por la propia legislación laboral, concretamente por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, que establece las características que definen la relación laboral. Dicho artículo 1 ET establece que *“la presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”*. Ello debe ponerse en conexión con el artículo 8.1 ET, que dispone que *“el contrato de trabajo (...) se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”*.

Por tanto, la Administración no es libre para configurar una relación y denominarla como contrato administrativo, si realmente presenta las características propias de una relación laboral.¹²⁶¹ Y la calificación de una contratación como laboral o administrativa no depende del nombre que las partes le hayan dado, sino de su contenido, de modo que la apariencia de autonomía e independencia del contratado no son determinantes.¹²⁶² Así, el hecho de que el contratado emita facturas con IVA y que esté afiliado al régimen especial de trabajadores autónomos de la Seguridad Social, no determina la verdadera naturaleza del contrato, sino que puede ser una mera apariencia.

Cosa distinta es que, en aquellos casos en que la Administración puede elegir si contrata, bien a un trabajador, bien a una empresa o profesional independiente, opte por esto último. Así, un servicio de limpieza puede realizarse teniendo en plantilla los empleados, con contratos laborales, o bien contratando a una empresa de limpieza mediante un contrato administrativo de servicios. Si esta empresa tiene una estructura organizativa propia de una actividad económica independiente organizada, no hay reproche a que efectivamente exista un contrato administrativo de servicios.¹²⁶³ De acuerdo con la profesora ROQUETA BUJ podemos ejemplificar varios supuestos considerados como pseudocontratación administrativa, encubridora de una auténtica relación laboral: a) Concatenación de contratos laborales temporales (de obra o servicio determinado, eventuales por circunstancias de la producción) y contratos administrativos para la realización de trabajos específicos y concretos, en los que el objeto contratado no es una obra o resultado final, sino una prestación de servicios continuada;¹²⁶⁴ y b) Realización de funciones permanentes y habituales, propias de la actividad normal y permanente de la Administración, mediante contratos administrativos.¹²⁶⁵

¹²⁶¹ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos...”, op.cit., pg. 63.

¹²⁶² Entre otros, ver SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas asociados...”, op.cit., pg. 78.

¹²⁶³ Cosa distinta son los límites de la externalización de servicios.

¹²⁶⁴ SSTS de 23 de octubre de 1986, 2 de febrero de 1994 y 24 de abril de 1997.

¹²⁶⁵ SSTS de 2 de febrero de 1998 y 21 de enero de 1999.

Puede hacerse referencia también a la STS de 17 de octubre de 2006, en la que se indica que las Administraciones Públicas no pueden celebrar contratos administrativos para el desarrollo de actividades laborales por personas físicas. En el caso analizado, se declaró laboral una prestación de servicios de una licenciada en Derecho que había sido contratada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para introducir en la Web de dicho organismo la información que se le ordenara. En todo caso, como indica MENÉNDEZ SEBASTIÁN¹²⁶⁶, existe fraude a la normativa laboral cuando el contrato administrativo tiene por objeto un conjunto difuso de actividades (ya que, para la validez del contrato administrativo, su objeto debe estar concretado), y cuando tiene por objeto actividades normales y tareas permanentes del Ente contratante, pues el espíritu de la legislación sobre contratación administrativa es cubrir necesidades ocasionales.

Parte de la doctrina entiende que los contratos de servicios que suscriben las Administraciones Públicas con profesionales en función de su titulación deberían ser restringidos a las tareas que no sean propias de los empleados públicos.¹²⁶⁷ En esta misma línea, puede destacarse el Informe de la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Madrid, de 13 de julio de 2010, relativo a la posibilidad de celebrar un contrato de servicios cuyo objeto es el apoyo y asesoramiento jurídico al Director General del Suelo en todas las materias que resulten de la actividad de los Consorcios Urbanísticos en los que la Comunidad de Madrid participa como ente consorciado. A juicio de la citada Intervención, dicho objeto “forma parte de los cometidos competenciales que, en virtud de la estructura organizativa y de distribución de competencias de la Comunidad de Madrid, tiene atribuidos a la Dirección General del Suelo, no procediendo, en consecuencia, su contratación a través de un contrato administrativo de servicios. De ser imprescindible esta contratación para ejecutar los fines encomendados, por el responsable del Centro Directivo deberán iniciarse los trámites oportunos para proceder a la ampliación y/o modificación de la Plantilla de Personal de la Dirección General”.

B) Irregularidades derivadas de la contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral

Una vez expuestos los criterios que nos permiten distinguir cuándo nos hallamos ante un contrato administrativo y cuándo ante una relación laboral encubierta, procede exponer cuál es la problemática que plantea la celebración de

¹²⁶⁶ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, AS, nº. 14/2000.

¹²⁶⁷ MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo régimen de la contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2000, pg. 664, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso...*, op.cit., pg. 191.

contratos administrativos que encubren relaciones laborales. Esta problemática presenta dos aspectos:

a) La celebración de un contrato administrativo que encubre una verdadera relación laboral supone la sustracción al trabajador de todos los derechos que le reconoce el Ordenamiento Laboral y la de Seguridad Social. Derechos relativos, entre otras cosas, a la estabilidad laboral, causas de suspensión, modificación y extinción del contrato laboral, retribuciones, régimen de vacaciones y jornada laboral, y acogimiento al Régimen General de la Seguridad Social con el consiguiente deber de cotizar del empresario y el trabajador.

b) La utilización de contratos administrativos para encubrir relaciones laborales es un fraude al derecho de acceso a los empleos públicos de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, reconocido en los artículos 23.2 y 14 de la Constitución. Y ello porque, al celebrar el contrato administrativo que encubre la relación laboral, no se ha tramitado el proceso selectivo legalmente establecido para reclutar personal laboral (fijo o temporal), por lo que la persona contratada entra a prestar servicios en la Administración Pública sin haber superado el correspondiente proceso selectivo (que se exige incluso para la contratación de laborales temporales).¹²⁶⁸

Por su parte, la normativa reguladora de los contratos administrativos es muy pobre en la protección de la concurrencia competitiva basada en los principios de mérito y capacidad. En efecto, la legislación de contratos del Sector Público, permite celebrar contratos menores de servicios con el límite de 18.000 euros, de manera que en todos estos casos no hay publicidad ni concurrencia competitiva. Además, permite también celebrar contratos negociados hasta los 100.000 euros, sin exigir publicidad si no se superan los 60.000 euros, en cuyo caso, basta con solicitar, si las circunstancias lo permiten, tres ofertas y elegir la que se considere mejor. Por tanto, el juego que da esta regulación para contratar personas “a dedo” es enorme. En todo caso, los procedimientos establecidos por la legislación de contratos no son los adecuados para seleccionar personal.¹²⁶⁹

¹²⁶⁸ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos...”, op.cit., pg. 64.

¹²⁶⁹ En este sentido, ya en 1982 señalaba MARTÍNEZ BLANCO que la legislación vigente no establecía el procedimiento de selección de los contratados administrativos y que las Administraciones Públicas habían procedido siempre discrecionalmente. Esta discrecionalidad la consideraba admisible si dichos contratos respondieran a su verdadera naturaleza excepcional, pero no cuando tales contrataciones administrativas operaban en la práctica como una vía de entrada estable en la Función Pública. Aunque debe indicarse que algunas Comunidades Autónomas sí dictaron reglamentaciones sobre el procedimiento de acceso, con convocatorias públicas. (MARTÍNEZ BLANCO, A., “El personal contratado...”, op.cit., pg. 45).

C) Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral.

- La figura del trabajador indefinido no fijo: origen jurisprudencial y reconocimiento legal.

El artículo 301.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que “a la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal del ente, organismo o entidad del Sector Público contratante”.

Esta previsión legal, sin embargo, no hace frente a todo el abanico de fraude que puede producirse en la contratación de personal en el Sector Público. En efecto, alude más bien al drástico caso en que se pretendiera convertir en laboral o funcionario a una persona por el simple hecho de haber prestado servicios mediante un contrato administrativo de servicios. En este sentido, pues, la norma sería innecesaria o redundante, ya que la normativa sobre personal laboral y funcionario exige la tramitación de los correspondientes procesos selectivos con arreglo a los principios de mérito y capacidad. No obstante, dicho artículo 301.4 tiene un claro efecto “disuasorio” que hace conveniente su existencia.¹²⁷⁰

Ahora bien, este artículo 301.4 no regula el problema de la utilización de contratos administrativos que encubren relaciones laborales¹²⁷¹, situación que no es infrecuente, y cuya delimitación puede presentar dificultades.¹²⁷² En tal caso, si el contratado acude a los órganos judiciales del orden social, éstos van a declarar que existe una relación laboral. Así, el Tribunal Supremo, en las sentencias de 26 de octubre de 1992, 2 y 10 de febrero de 1998 y 21 de enero de 1999, en doctrina unificada, concluye que la indebida utilización del contrato administrativo es fraudulenta a tenor de los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 6.4 del Código civil, en conexión con la irrenunciabilidad de derechos establecida en el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.¹²⁷³

¹²⁷⁰ No es de extrañar que esta previsión ya fuera considerada insuficiente. (BORRAJO DACRUZ, E., “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *AL*, suplemento al nº. 26, 1997).

¹²⁷¹ TOLIVAR ALAS, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a., “Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público”, *RAP*, nº. 176, 2008.

¹²⁷² ROMERO RÓDENAS, J.J., *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1995, pg. 77.

¹²⁷³ SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *La contratación laboral...op.cit.*, pg. 28.

Por tanto, se va a reconocer la existencia de una relación laboral, a pesar de que no se ha tramitado el correspondiente proceso selectivo de acuerdo con la normativa sobre selección de empleados públicos.

El problema es aún mayor si se han vulnerado los supuestos o los límites temporales que afectan a la contratación laboral temporal, en cuyo caso entran en juego las normas del Estatuto de los Trabajadores que atribuyen el carácter fijo a la relación laboral. Concretamente, el Estatuto de los Trabajadores contiene las siguientes normas tuitivas del trabajador:

- El artículo 15.3 ET establece que *“se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley”*.

- El artículo 15.1.a) ET establece, respecto de los contratos de obra o servicio determinados, que *“no podrán tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior. Transcurridos estos plazos, los trabajadores adquirirán la condición de trabajadores fijos de la empresa”*.

- El artículo 15.5 ET establece límites al encadenamiento de contratos temporales¹²⁷⁴, disponiendo que *“los trabajadores que en un periodo de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo o diferente puesto de trabajo con la misma empresa o grupo de empresas, mediante dos o más contratos temporales, sea directamente o a través de su puesta a disposición por empresas de trabajo temporal, con las mismas o diferentes modalidades contractuales de duración determinada, adquirirán la condición de trabajadores fijos”*.¹²⁷⁵

- El artículo 15.2 ET establece que *“adquirirán la condición de trabajadores fijos, cualquiera que haya sido la modalidad de su contratación, los que no hubieran sido dados de alta en la Seguridad Social, una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente hubiera podido fijar para el período de prueba, salvo que de la propia naturaleza de las actividades o de los servicios contratados se deduzca claramente la duración temporal de los mismos (...)”*.

- El artículo 49.1.c) ET establece que *“los contratos de duración determinada que tengan establecido plazo máximo de duración, incluidos los*

¹²⁷⁴ La aplicación de este artículo 15.5 ha sido suspendida durante el periodo de los dos años siguientes a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 10/2011, de 26 de agosto.

¹²⁷⁵ Dicho artículo 15.5 añade que *“lo establecido en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se produzcan supuestos de sucesión o subrogación empresarial conforme a lo dispuesto legal o convencionalmente. (...) Lo dispuesto en este apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos formativos, de relevo e interinidad, a los contratos temporales celebrados en el marco de programas públicos de empleo-formación, así como a los contratos temporales que sean utilizados por empresas de inserción debidamente registradas y el objeto de dichos contratos sea considerado como parte esencial de un itinerario de inserción personalizado”*.

*contratos en prácticas y para la formación, concertados por una duración inferior a la máxima legalmente establecida, se entenderán prorrogados automáticamente hasta dicho plazo cuando no medie denuncia o prórroga expresa y el trabajador continúe prestando servicios. Expirada dicha duración máxima o realizada la obra o servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación”.*¹²⁷⁶

Estas normas tuitivas son de distinta naturaleza. El artículo 15.3 ET constituye una aplicación de la figura del fraude de ley, que se fundamenta en la elusión de una norma (la que establece el carácter indefinido de los contratos laborales) mediante una norma de cobertura (la que regula el contrato temporal) para lograr un objetivo distinto a la finalidad de la misma y contrario al Ordenamiento Jurídico (conseguir la temporalidad del vínculo laboral en casos en que no procede).¹²⁷⁷ Por su parte, los artículos 15.5 y 15.1.a) ET son supuestos de aplicación automática del carácter indefinido del contrato si se da el supuesto de hecho (de manera que no requieren acreditar la existencia de un fraude de ley). Finalmente, los artículos 15.2 y 49.1.c) ET admiten la prueba de que la relación laboral es verdaderamente temporal, por lo que se trata de presunciones *iuris tantum*.

Pero, en todos los casos en que corresponda aplicar dichos artículos, la consecuencia jurídica prevista es la misma: la relación laboral es considerada fija (el Estatuto de los Trabajadores utiliza la palabra indefinida como sinónimo de fijeza). Sin embargo, la aplicación de estas normas tuitivas al personal laboral del Sector Público choca con la normativa sobre acceso al empleo público, que se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo cual implica la necesaria superación del correspondiente proceso selectivo basado en estos principios para poder adquirir la condición de trabajador fijo.

La tensión entre ambas normativas, la laboral y la administrativa, no fue inicialmente resuelta por el legislador, por lo que fue la jurisprudencia la que tuvo que dar respuesta al problema, y lo hizo creando la figura del trabajador indefinido

¹²⁷⁶ El artículo 49 ET no se refiere al contrato de interinidad ni al eventual, pero para ellos el artículo 8.2 del Real Decreto 2720/1998 establece que si no se produce la denuncia previa a la finalización de la causa de la temporalidad, se entenderán concertados por tiempo indefinido. En similares términos se expresan los artículos 21 y 22 del Real Decreto 488/1998, para los contratos formativos.

¹²⁷⁷ Sobre los elementos integrantes de la figura del fraude de ley en el ámbito de la contratación temporal me remito al estudio realizado por NICOLÁS BERNAREAL DECRETO (NICOLÁS BERNARD, J.A., *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, pg. 25 y ss.). Sí debe destacarse que la conducta defraudatoria no tiene que ser necesariamente intencionada o de mala fe, sino que prevalece la tesis objetiva, según la cual basta que se constate la vulneración del ordenamiento jurídico. (Ver la STS de 6 de marzo de 2009).

no fijo¹²⁷⁸, con ocasión del análisis de las consecuencias de la contratación laboral temporal más allá de los límites temporales marcados por la ley o realizada en fraude de ley.¹²⁷⁹ Posteriormente, la Ley 43/2006 introdujo la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores para aclarar la aplicación a las Administraciones Públicas de la regla del artículo 15.5 ET sobre encadenamiento de contratos. Tras la reforma operada por la Ley 35/2010, dicha Disposición Adicional también es aplicable al caso del artículo 15.1.a) ET. No es, por tanto, una solución legal completa. Por su parte, el Estatuto Básico del Empleado Público parece reconocer la figura del trabajador indefinido no fijo¹²⁸⁰, ya que en su artículo 11 establece que el personal laboral podrá ser “fijo, por tiempo indefinido o temporal”, pero no ha regulado su régimen jurídico.

No procede aquí analizar en profundidad la figura del trabajador indefinido no fijo¹²⁸¹, pudiendo indicarse someramente que consiste en que se reconoce la existencia de un contrato laboral indefinido, pero el trabajador no consolida la condición de fijo de plantilla, sino que la Administración Pública tiene la obligación de tramitar el correspondiente procedimiento selectivo o de provisión de puestos o promoción interna que corresponda para ocupar definitivamente el puesto de

¹²⁷⁸ Especialmente a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, y destacando la STS de 27 de mayo de 2002.

¹²⁷⁹ La doctrina jurisprudencial sobre el trabajador indefinido no fijo ha sido admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009.

¹²⁸⁰ Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, pudiendo citarse a CANTERO MARTÍNEZ, J., “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007, pg. 99, BLASCO PELLICER, A., “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”, *AL*, nº. 2, 2011, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos”, *AS*, nº. 6/2008, DE LA VILLA GIL, L.E., “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, *RGDTSS*, *lustel*, nº. 14, 2007, pg. 8, GASCÓN VERA, L., “Constitucionalidad del artículo 96.2 EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública”, *AS*, nº. 67/2012, GIL PLANA, J., “Capítulo III. La tipología contractual aplicable a las Entidades locales”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010, pg. 403, GOERLICH PESET, J.Mª., *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2010, MARÍN ALONSO, I., “El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público”, *RL*, nº. 8/2009, MONTOYA MELGAR, A., “Las Administraciones Públicas...”, *op.cit.*, pg. 466 y ss., MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, Mª.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Manual de Empleo Público* (Instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas), Comares, Granada, 2010, pg. 18 y 19, MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., “Gobernanza...”, *op.cit.*, pg. 29, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo...”, *op.cit.*, pg. 265.

¹²⁸¹ De hecho la construcción jurisprudencial de esta figura se ha producido durante un largo proceso a través del cual ha habido varias posiciones, desde la asunción completa de la normativa laboral (ver, entre otras, las SSTS de 18 de julio de 1990 y 18 de marzo de 1991), hasta la inaplicación de la misma por dar preferencia absoluta a los principios constitucionales en materia de acceso al empleo público (posición reflejada, entre otras, en las SSTS de 9 de octubre de 1985, 21 de febrero de 1986 y 7 de marzo de 1989).

trabajo, tras lo cual se extinguirá el vínculo del trabajador indefinido no fijo (salvo que sea este trabajador el que supere el proceso selectivo).

En efecto, la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores recoge la figura, señalando que *“lo dispuesto en el artículo 15.1.a) en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados y en el artículo 15.5 sobre límites al encadenamiento de contratos de esta Ley surtirá efectos en el ámbito de las Administraciones públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. En cumplimiento de esta previsión, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos antes indicados, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda a empleo público, superando el correspondiente proceso selectivo”*.

La figura del trabajador indefinido no fijo ha planteado numerosos problemas en cuanto a los efectos que se derivan de la situación del trabajador judicialmente declarado como indefinido no fijo, y en cuanto a la propia naturaleza de esta figura, debido a la aparente contradicción que ello implica (pues los términos indefinido y fijo vienen considerándose sinónimos). Al respecto, las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998 dieron un mayor grado de concreción a la figura, reiterando el deber de la Administración Pública de cubrir el puesto de trabajo por los procedimientos ordinarios.

La doctrina ha oscilado entre considerar que se trata de un contrato indefinido pero con particularidades¹²⁸², o bien un contrato de interinidad por vacante¹²⁸³.

Además, las resoluciones judiciales no terminaban de concretar cuál era el modo en que se extinguía la relación laboral del trabajador indefinido no fijo, de manera que se dudaba sobre si la cobertura reglamentaria del puesto de trabajo constituía una causa de extinción sin tener la calificación de despido (por lo que no se devengaba ninguna indemnización¹²⁸⁴), o si se trataba de un despido por

¹²⁸² GOERLICH PESET, J.M^a., y VEGA LÓPEZ, J, “¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla”, *RL*, nº. 11, 1998, pg. 14 y ss., y BOLTAINA BOSCH, X, “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *AS*, nº. 4/2002, pg. 83 y ss.

¹²⁸³ ALZAGA RUIZ, I., *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000, pg. 124. Ver también SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales...”, *op.cit.*, pg. 101. Ambas figuras (indefinido no fijo e interino) presentan importantes similitudes, pero existe una importante diferencia, consistente en que el trabajador indefinido no fijo sigue prestando sus servicios sin causa de temporalidad alguna, es decir, sin vinculación directa con una vacante concreta.

¹²⁸⁴ Teoría que se desprendía de lo expuesto en las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998.

causas objetivas (debiendo aplicarse entonces lo dispuesto en los artículos 51 y 52 ET, con la correspondiente indemnización¹²⁸⁵), o si cabía aplicar por analogía a lo establecido en el artículo 49.1.c) ET sobre extinción de contratos temporales por expiración del tiempo determinado convenido.¹²⁸⁶

Al respecto, la STS de 27 de mayo de 2002 señaló que “la ocupación definitiva mediante un procedimiento reglamentario de selección de la plaza desempeñada en virtud del contrato temporalmente indefinido, hace surgir una causa de extinción subsumible en el artículo 49.1.b) ET”, considerando que se trataba de una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo. Así, la cobertura de la plaza por los procedimientos reglamentarios constituiría el cumplimiento de la condición resolutoria, con la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización.

La nueva redacción de la DA 15ª ET tras la Ley 35/2010 parece dejar claro que no hay derecho a indemnización, pues se limita a disponer que “*se producirá la extinción de la relación laboral*”, expresión que ha sido interpretada en el sentido de que el legislador ha tipificado una nueva causa de extinción de la relación laboral, fuera del artículo 49 ET.¹²⁸⁷

Esta conclusión ha sido criticada por la doctrina¹²⁸⁸, por entender que la Administración Pública no es sancionada por la infracción de la normativa sobre contratación temporal, y que el trabajador queda totalmente desprotegido, al no percibir ni siquiera una indemnización. Incluso se ha planteado la duda de si la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, así como la propia Disposición Adicional 15ª ET, son contrarias a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio (relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada), que establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos (entre ellas la adquisición de fijeza), y, en caso de no adoptarse éstas, la

¹²⁸⁵ Ver en este sentido ver BORRAJO DACRUZ, E., “Contratación laboral...”, op.cit., GOERLICH PESET, J.Mª, y VEGA LÓPEZ, J., “¿Una nueva categoría...”, op.cit., pg. 14 y ss., y LAHERA FORTEZA, J., “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002)”, *RL*, nº. 23 y 24/2002, pg. 67 y ss.

¹²⁸⁶ Ver NICOLÁS BERNARD, J.A., *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Comares, Granada, 2002, pg. 55 y ss.

¹²⁸⁷ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pgs. 344 y 345, y BLASCO PELLICER, A., BLASCO PELLICER, A., “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”, *AL*, nº. 2, 2011.

¹²⁸⁸ Ver RIVERO LAMAS, J., “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004, pg. 37, VALDÉS DAL-RÉ, F., “La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al Derecho Comunitario”, *RL*, nº. 9/2004, y MOLERO MARAÑÓN, M.L., “La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido”, *RL*, nº. 1/2004, pg. 32 y ss., donde se concluye que la Administración tiene ahora un modelo de contrato a la medida de sus intereses.

obligación de adoptar “*otras medidas legales equivalentes*” que produzcan el mismo efecto disuasorio.¹²⁸⁹

Pero lo más relevante, a efectos del presente estudio, es que la figura del trabajador indefinido no fijo presenta importantes lagunas respecto de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que en la práctica queda en poder de las autoridades la efectiva convocatoria del proceso de cobertura de la plaza ocupada por dicho trabajador, lo cual, en numerosos casos de falta de voluntad administrativa por efectuar dicha convocatoria, provoca la consolidación *de facto* del trabajador, que no ha superado el correspondiente proceso selectivo para adquirir la condición de personal laboral fijo.¹²⁹⁰

¹²⁸⁹ A este respecto, la citada figura, tal y como resulta de la Jurisprudencia y de la Disposición Adicional 15ª ET, no conlleva la conversión del contrato laboral en fijo, y no recoge ninguna medida legal equivalente, pues ni siquiera se reconoce el derecho del trabajador indefinido no fijo a percibir una indemnización cuando su contrato se extinga al ser cubierta la plaza que ocupa mediante el correspondiente procedimiento de cobertura.

La cuestión de las “medidas legales equivalentes” ha sido analizada en particular en las sentencias del TJCE de 7 de septiembre de 2006, Asuntos C-53/04 (caso Marrosu y Sardino) y C-180/04 (caso Vassallo), de las que cabe concluir que el TJCE entiende que una normativa nacional que no reconoce la conversión del contrato en indefinido, pero que establece “normas imperativas respecto a la duración y renovación de los contratos de duración determinada y el derecho a la reparación de los perjuicios sufridos por el trabajador debido al uso abusivo por la Administración pública de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada” parece ser ajustada a la citada Directiva.

(Ver al respecto LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *La Reforma Laboral 2010: análisis de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, El Derecho, 2010, pg. 75 y 76, LAHERA FORTEZA, J., “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el Sector Público a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *RL*, nº. 10/2007, pg. 39 y ss., ALZAGA RUIZ, I., “Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad”, en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007, pg. 227 y ss., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”, op.cit., pg. 266).

¹²⁹⁰ A ello se refieren, entre otros, NICOLÁS BERNARD, J.A., *La duración del contrato...*, op.cit., pg. 56, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGOS, J., “Notas sobre las relaciones de trabajo en las Empresas Públicas”, en *La Administración Instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994, pg. 1149, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Trabajador indefinido no fijo...”, op.cit., y CHAVES GARCÍA, J.R., “Laborales por la puerta falsa de las sociedades de capital público: ¿fijos, indefinidos, interinos?”, en <http://bigoles.conectia.es/upload/articulos/pdf/53/488.pdf>.

En esta línea, CASTILLO BLANCO se ha planteado la posibilidad de que la figura del trabajador indefinido no fijo diera lugar a “la apertura de una nueva vía de acceso al empleo público” de modo que “gestores públicos sin escrúpulos realicen sucesivas contrataciones fraudulentas” para conseguir por la vía de los Tribunales “la consecución de un empleo público por conocidos o simpatizantes” sin superar el correspondiente proceso selectivo. Al respecto, cita la sentencia 385/1994, de 26 de julio de 1994, del Juzgado de lo Social nº. 5 de Málaga, que, en relación con los contratos temporales irregulares celebrados por la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, hacía referencia expresamente a la generalización del acceso a puestos de trabajo con carácter de fijo mediante la aplicación de la citada jurisprudencia, en virtud de la dejación, por parte de los gestores públicos, de su obligación de elegir los contratos laborales correctos para no dar lugar a este fenómeno.

- Aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales.

La doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo de plantilla se ha construido en el ámbito de la contratación laboral temporal fraudulenta, pero autores como MENÉNDEZ SEBASTIÁN¹²⁹¹ estiman conveniente analizar en qué medida esta doctrina es aplicable a la contratación administrativa que encubre relaciones laborales. En todo caso, puede concluirse que, si se declara judicialmente que el contrato administrativo encubría una relación laboral, y se constata que concurre alguno de los supuestos en que el Estatuto de los Trabajadores atribuye la condición de fijeza (artículos 15.1.a, 15.2, 15.3, 15.5 y 49.1.c ET), dicha doctrina jurisprudencial será aplicable. En esta línea, nos recuerda la citada autora que la jurisprudencia ha admitido su aplicación cuando los contratos administrativos se intercalan con contratos laborales temporales (SSTS de 20 y 21 de enero de 1998 y 30 de marzo de 1999), e incluso en algún caso en que sólo han existido contratos administrativos (STS de 13 de julio de 1998).

Debe distinguirse, pues, si lo que subyace bajo el contrato administrativo es una relación laboral verdaderamente temporal, o bien se ha producido, además del encubrimiento de una relación laboral, otro incumplimiento más, consistente en abusar de dicha temporalidad más allá de los límites legalmente permitidos.

A este respecto, NICOLÁS MARTÍNEZ¹²⁹² se refiere al supuesto en que el contrato administrativo tenía por objeto una obra o servicio que tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ente contratante, en cuyo caso, si se declara que encubría una relación laboral, ésta no sería calificada como indefinida no fija, sino que se trataría más bien de un contrato laboral temporal de obra o servicio determinado. Por tanto, cuando el Ente contratante ponga fin a su relación con el trabajador al concluirse la obra o servicio determinado, no se tratará de un despido, sino de la válida extinción del contrato laboral temporal.

El hecho de que el contrato laboral temporal no estuviera formulado por escrito, puesto que estaba oculto bajo la forma de un contrato administrativo, no

Es más, esta sentencia, barajando que podía tratarse incluso de “un plan preconcebido”, acordó poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal por si se había producido un delito de prevaricación, “ante el escandaloso estado al que se está llegando”, haciendo referencia a que hasta 100 demandas se presentaban de manera acumulada, lo cual permitía concluir que el encadenamiento de contratos temporales no era un hecho aislado, sino que “cualquier observador objetivo” pensaría mal. (CASTILLO BLANCO, F.A., “Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el Sector Público”, *REDA*, nº. 86, 1995).

¹²⁹¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, *AS*, nº. 14/2000.

¹²⁹² NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., “Contratación laboral...”, *op.cit.*, pg. 248.

determina que la relación laboral se considere indefinida, ya que el Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 8.2 que la no formalización por escrito del contrato de obra o servicio da lugar a que se presuma celebrado por tiempo indefinido, pero admitiéndose prueba en contrario. Por tanto, si efectivamente se trata de una obra o servicio que tiene autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad del Ente contratante, procederá apreciar la existencia de un contrato laboral temporal de obra o servicio determinado.

Cuestión distinta es que la realidad que subyace al contrato administrativo entrañe una vulneración de la normativa laboral sobre supuestos y duración de los contratos laborales temporales. En tal caso, entrará en juego la figura del trabajador indefinido no fijo, ya que se trata de una relación laboral. Así, por ejemplo, si se han celebrado sucesivos contratos administrativos de servicios con una persona física, y resulta que los servicios se prestaban con las características propias de una relación laboral, y su duración excede de lo dispuesto en el artículo 15.5 ET, en tal caso se declarará que las relaciones eran laborales y que se ha producido un encadenamiento de contratos laborales con los efectos de la Disposición Adicional 15ª ET. Lo mismo sucederá si sólo hubo un contrato administrativo, pero para una necesidad permanente de la Administración: si el servicio se prestaba con las características propias de una relación laboral, se declarará que la relación era laboral, y además será de aplicación la figura del trabajador indefinido no fijo, por existir un uso fraudulento de la contratación temporal (para necesidades que no son temporales) que da lugar a la declaración de fijeza por el artículo 8.1 ET.¹²⁹³

- Posible inaplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo por ser nula la relación laboral encubierta.

Como se acaba de exponer, la jurisprudencia viene considerando aplicable la figura del trabajador indefinido no fijo cuando se aprecia que el contrato administrativo encubre una relación laboral. No obstante, algunos autores¹²⁹⁴ se han planteado la posibilidad de que la figura del trabajador indefinido no fijo no resulte aplicable cuando la relación inicial con el trabajador se ha constituido sin que se haya superado el proceso selectivo que corresponde para seleccionar trabajadores temporales. Y ello por entender que, en tal caso, la aplicación de dicha figura jurisprudencial podría resultar contraria a los principios constitucionales de mérito y capacidad que también rigen en el acceso al empleo público laboral temporal, por contribuir a la consolidación de empleos temporales

¹²⁹³ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., "Los contratos administrativos...", op.cit., pgs. 75 y 76.

¹²⁹⁴ PALOMAR OLMEDA, A., "De nuevo sobre el tema...", op.cit., y NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., "Contratación laboral...", op.cit., pgs. 242 y 243.

irregularmente generados (al no haberse respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad).

Jurídicamente no es lo mismo encadenar contratos laborales temporales en virtud de sucesivos nombramientos resultantes de la correcta aplicación de las normas sobre bolsas de trabajo de una Administración Pública, que encadenar contratos temporales adjudicados sin respetar esas normas, o haber prestado servicios en virtud de un contrato administrativo (fraudulento) menor o negociado sin publicidad, que, por tanto, fueron adjudicados sin respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

Y es que, en efecto, tales principios constitucionales implican que la figura del trabajador indefinido no fijo solamente puede aplicarse a aquel trabajador que ha superado el correspondiente proceso selectivo para obtener su contrato laboral temporal, siendo después cuando se abusa de esta contratación temporal, o se superan ciertos límites, lo cual provoca la aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo. Pero la relación laboral temporal inicial debe haber sido constituida con base en el correspondiente proceso selectivo, de acuerdo con la legislación vigente sobre acceso a los contratos laborales temporales en la Administración Pública.

Por tanto, la figura del trabajador indefinido no fijo no es aplicable si la relación o relaciones laborales temporales respecto de las cuales se ha producido el abuso, fraude o encadenamiento, no se constituyeron de acuerdo con el correspondiente proceso selectivo, pues en este caso se trataría de contratos laborales temporales nulos. La citada teoría ha surgido especialmente en el caso de contratos administrativos que encubren relaciones laborales, ya que, en estos casos, no se ha tramitado el proceso selectivo que correspondería para constituir una relación laboral, aunque fuera temporal.

Esta teoría está teniendo eco en algunas resoluciones judiciales, tales como las sentencias del Juzgado de lo Social nº. 7 de Valencia de 10 de julio de 1998 y del Juzgado de lo Social nº. 33 de Madrid de 24 de mayo de 2005. Esta última declara la nulidad de pleno derecho de dicha relación laboral encubierta, precisamente por no haber sido tramitado el correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público laboral, ya que lo que se había tramitado era el procedimiento para celebrar contratos administrativos.¹²⁹⁵ Y parte de que las

¹²⁹⁵ Dicha sentencia ha sido criticada por SELMA PENALVA por entender que “no se tiene en cuenta a la hora de dictar el fallo la manifiesta desigualdad que existe entre los contratantes cuando toma parte una administración pública, que obliga al sujeto que presta el servicio no sólo a aceptar una cobertura formal, (la de un contrato administrativo) que no se ajusta a la verdadera naturaleza de la relación, sino que además, movido por el deseo de prolongar la vida de su relación, debe asumir una cadena de sucesivas contrataciones aparentemente temporales sin una fundamentación auténtica de las justifique, y lo que todavía resulta más llamativo, el juzgador, en lugar de advertir esta forma de abuso y corregirla, declarando no sólo la naturaleza laboral de la relación, sino también su duración indefinida al faltar cualquier causa de temporalidad, lo que hace es ratificarla apoyándose en la nulidad de pleno derecho”. (SELMA PENALVA, A., “Precariedad laboral ahora

irregularidades en la contratación laboral, en función de su naturaleza y gravedad, producen consecuencias jurídicas distintas. Así, cuando se ha celebrado un contrato laboral temporal respetando el procedimiento reglado de acceso para seleccionar personal laboral temporal, las irregularidades pueden dar lugar a la declaración de indefinido no fijo. Pero cuando se produce la omisión total de dicho procedimiento, la relación temporal inicialmente constituida es nula de pleno derecho.

Incluso el Juzgado de lo Social nº. 34 de Madrid planteó tres cuestiones de inconstitucionalidad relativas a los artículos 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del Estatuto de los Trabajadores por entender que, en su aplicación a la contratación temporal y fija en el empleo público, infringen los artículos 14, 23.2 y 103 CE, especialmente si se tiene en cuenta que la aplicación de aquellos preceptos se ha articulado a través de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo. Así, el Juzgado entendía que tales preceptos y dicha jurisprudencia vulneraban los artículos 14, 23.2 y 103 CE *“cuando el defecto sustancial en la contratación consiste en la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público”*.

De este modo, en los tres casos analizados por el citado Juzgado, la relación originaria (relación laboral encubierta bajo un contrato administrativo) no se había constituido mediante el proceso selectivo que sería propio de un contrato laboral temporal, sino que se trataba de contratos administrativos o de contratos mercantiles.¹²⁹⁶

también en la Administración Pública: comentario a la SJS nº. 33 de Madrid, de 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717)”, AS, nº. 2/2005).

No podemos estar de acuerdo con esta argumentación, porque el ciudadano sabe, o debe saber (porque la ignorancia de las normas no excusa de su cumplimiento) que a la Administración Pública sólo se puede acceder mediante el correspondiente proceso selectivo si se trata de un empleo laboral (ya sea temporal o fijo). Si su relación formal encubre una relación laboral, y no ha superado el citado proceso selectivo, no puede aspirar a acceder al empleo público de forma privilegiada, soslayando los principios de igualdad, mérito y capacidad.

¹²⁹⁶ Así, en el caso del ATC 124/2009 los demandantes ante el Juzgado demandaron a Bai Promoción de Congresos S.A., y Televisión Española, S.A., solicitando que se declarase la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre la empresa cesionaria Televisión Española, S.A., y la cedente Bai Promoción de Congresos, S.A., así como su derecho a adquirir la condición de personal laboral fijo en la primera de ellas.

En el caso del ATC 135/2009 la demandante había prestado sus servicios al Ministerio de Cultura como restauradora de obras de arte, desde enero de 2007, suscribiendo hasta cuatro contratos administrativos de consultoría y asistencia técnica, solicita que se declare que su relación con el Ministerio es como laboral indefinida desde el inicio de su relación en 2007.

Y en el caso del ATC 122/2009, la demandante había prestado sus servicios por cuenta de Televisión Española, S.A., mediante un contrato de agencia que en realidad no respondía a las características definitorias del contrato de agencia en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sino a las características propias de una relación laboral, por lo que solicita al Juzgado que se declare que la relación mantenida con Televisión Española, S.A. es de carácter laboral e indefinida, y se le reconozca antigüedad como tal desde que empezó a prestar sus servicios de forma ininterrumpida para dicha Entidad.

Al respecto, el Juzgado considera que los artículos 8.1, 15.2, 15.3 y 43.4 del ET infringen los artículos 14, 23.2 y 103 CE, en lo que afecta a su aplicación a la contratación en el empleo público (temporal o incluso fijo) si se incurrió en el defecto sustancial cualificado de la omisión del procedimiento de selección previsto o no se respetaron los principios establecidos en los artículos 23.2 y 103 CE. En tales casos, entiende el Juzgado que no procedería convalidar la contratación como de duración indefinida, sino declararla nula e ineficaz.¹²⁹⁷

Además, añade el Juzgado que, de otra forma, el principio de igualdad quedaría malparado porque la convalidación de la relación como indefinida no fija beneficia al afectado, ya que le proporciona ventajas como el disfrute de un empleo y unas remuneraciones públicas por tiempo indeterminado, además de una mejor posición real para acceder a la cobertura definitiva de la vacante por el procedimiento reglado (a través, por ejemplo, del cómputo de su antigüedad como mérito). Y esta desigualdad entiende el Juzgado que se produce tanto respecto del resto de ciudadanos que podrían participar en un proceso selectivo, como respecto de los empleados públicos temporales que han sido contratados mediante el correspondiente proceso selectivo.

La respuesta del Tribunal Constitucional ha sido la misma en los tres Autos dictados (AATC 122/2009, 124/2009 y 135/2009): inadmitir las cuestiones de inconstitucionalidad por resultar notoriamente infundadas (artículo 37.1 LOTC), al entender dicho Tribunal que la figura del indefinido no fijo construida por el Tribunal Supremo constituye una interpretación del Estatuto de los Trabajadores que, en su aplicación al empleo público, respeta los principios constitucionales de acceso al mismo (igualdad, mérito y capacidad). Sin perjuicio de que pueda analizarse la procedencia o no de calificar como notoriamente infundadas tales cuestiones de inconstitucionalidad¹²⁹⁸, lo más relevante es que el Tribunal Constitucional da por buena la aplicación de la doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo en general, lo cual comprende también los supuestos planteados por el Juzgado, en que, para la contratación temporal originaria, no se han respetado los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Así, el citado Tribunal señala que “los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un

¹²⁹⁷ Sin perjuicio de aplicar lo dispuesto en el artículo 9.2 ET (abono de los salarios correspondientes) e, incluso, de la reparación de los daños y perjuicios.

¹²⁹⁸ El Tribunal entiende que las cuestiones planteadas son notoriamente infundadas porque los artículos 14, 23.2 y 103 CE ya están suficientemente salvaguardados por la doctrina jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, sin que proceda entrar en si existen interpretaciones alternativas que salvaguarden mejor dichos principios. Así, señala que “incluso si la interpretación alternativa que el órgano judicial enuncia (nulidad de la contratación) fuera la que mejor salvaguardase los valores constitucionales comprometidos, resultaría pertinente recordar que son posibles interpretaciones judiciales de la legalidad ordinaria distintas de otras que, acaso, hubieran respondido más plenamente a tales valores (...)”.

acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad”, concluyendo que “a evitar esos efectos se orienta precisamente la doctrina que el Tribunal Supremo ha sentado en estos temas. Por consiguiente, al margen de la hipótesis de una distinta interpretación de las normas cuestionadas (...) la doctrina que se discute toma en consideración los principios constitucionales, represente o no en casos como el que enjuicia el óptimo constitucional en su aseguramiento (...) ya que en todo caso impide (con la indefinición frente a la fijeza) que el recurso a la estabilidad en el empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de potenciales aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en el empleo público al margen de las exigencias derivadas de la Constitución. (...) En definitiva, la duda que alienta el Juez proponente sobre la constitucionalidad de las disposiciones cuestionadas olvida que de nuestra jurisprudencia se deduce la constitucionalidad de opciones interpretativas como las que concreta la jurisprudencia unificada en la materia, lo que determina que la cuestión resulte notoriamente infundada”.

La clave de la argumentación del Tribunal Constitucional a favor de la aplicación de la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo a todos los supuestos es que con esta figura se consigue el principal objetivo, que es que el trabajador afectado no se consolide como fijo. Y, efectivamente, dicho efecto se consigue, puesto que el Ente contratante está obligado a cubrir la plaza de conformidad con los procedimientos de cobertura normativamente regulados. Ahora bien:

1) Desde la perspectiva de los conceptos jurídicos, no parece que pueda consolidarse una situación originariamente viciada. En efecto, el Estatuto de los Trabajadores no entra en si la relación originaria ha sido válidamente constituida o no, porque no es una cuestión que interese al Derecho del Trabajo. En cambio, en el ámbito del Sector Público, el contrato laboral, incluso el de naturaleza temporal, debe constituirse de conformidad con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Y si se constituye una relación laboral sin tramitar el proceso selectivo legalmente previsto, dicha relación laboral es nula de pleno Derecho. Por tanto, en el Sector Público cabe declarar el carácter indefinido no fijo en los casos previstos por el ET solamente si la previa relación laboral temporal se ha constituido en virtud del correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público laboral temporal.¹²⁹⁹ En conclusión, no cabe aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo:

- Si el contrato o contratos laborales temporales iniciales no se han celebrado mediante el correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo laboral temporal público.

- Si la relación laboral originaria estaba encubierta bajo un contrato administrativo o mercantil, porque entonces nunca se habrá tramitado el

¹²⁹⁹ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos...”, op.cit., pg. 79.

correspondiente proceso selectivo de acceso al empleo público temporal. En este caso, el artículo 8.1 ET se aplica también al Sector Público, pero una vez que se declare la existencia de la relación laboral encubierta, siempre procederá la simultánea declaración de nulidad de la misma, por no haberse respetado los principios constitucionales de acceso al empleo público laboral temporal.¹³⁰⁰

2) Desde la misma perspectiva de los principios constitucionales de acceso al empleo público, la figura del trabajador indefinido no fijo permite al afectado permanecer un tiempo en la plaza (hasta que se cubra), lo cual le permite alegar mayores méritos por servicios prestados cuando participe en procesos selectivos de concurso o concurso-oposición en general.

Y, en particular, le atribuye una posición de privilegio si el Ente contratante tramita un proceso de consolidación de empleo temporal para cubrir la plaza afectada. Ahora bien, esta problemática no es inherente a la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que tal desigualdad puede eliminarse si se prohíbe el cómputo de los servicios prestados desde el momento en que se produce la irregularidad (fecha en que transcurre el plazo máximo de encadenamientos, por ejemplo).

En conclusión, es necesario que la ley declare expresamente que, cuando se declare la naturaleza laboral de un contrato administrativo, la relación laboral deberá ser simultáneamente declarada nula, por no haberse constituido mediante el proceso selectivo legalmente establecido para celebrar contratos laborales temporales o fijos. Igualmente, si el contrato administrativo tenía por objeto tareas reservadas al personal funcionario, la ley debe añadir que la relación laboral subyacente también será nula por vulnerar la reserva funcional de funciones.

En todo caso, debe señalarse que el Tribunal Supremo continúa aplicando la figura del trabajador indefinido no fijo a los supuestos de relaciones laborales encubiertas bajo contratos administrativos. Así, la STS (Sala de lo Social) de 21 de julio de 2011 reitera que los denominados "falsos autónomos", tienen derecho a que su relación con la Administración Pública se transforme en una relación laboral por tiempo indefinido cuando, en definitiva, el autónomo sea tratado bajo los parámetros de laboralidad.

Así, el Tribunal Supremo reitera que cuando se dan las notas de dependencia, ajeneidad y retribución en el desarrollo de un contrato suscrito entre una Administración Pública y un trabajador, al que se trata como si fuera un autónomo, mediante la firma de contratos administrativos, hay que estar a la

¹³⁰⁰ Así pues, en realidad el artículo 8.1 ET no plantea ningún problema de inconstitucionalidad, porque su aplicación no presenta particularidades en el ámbito del Sector Público. Efectivamente, dicho artículo establece que el contrato de trabajo "se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél". Por tanto, si una persona presta servicios a una Entidad del Sector Público con las características de dicho artículo, procede declarar la laboralidad de dicha relación. Otra cuestión distinta será la validez de dicha relación laboral.

realidad de la relación, y no al nombre y formalización del contrato. Es decir, que si, pese a la suscripción de un contrato administrativo como autónomo, el trabajador desarrolla su trabajo en las dependencias de la Administración Pública de que se trate, recibe órdenes de sus superiores como cualquier otro trabajador y, en definitiva, se inserta en la organización propia de dicha Administración, el contrato administrativo se declara fraudulento y, en conclusión, dicho trabajador adquiere la consideración de personal laboral indefinido no fijo de la Administración contratante.

3.3.3.- La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario

A) Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario

Al igual que se ha expuesto al analizar la contratación administrativa que encubre una relación laboral, en el caso de la contratación administrativa para realizar funciones reservadas al personal funcionario también se produce una infracción de la normativa sobre selección de los empleados públicos, ya que se están atribuyendo funciones propias del personal funcionario a quien no ha superado el proceso selectivo necesario para adquirir la condición de funcionario o al menos de funcionario interino. Por tanto, también queda frontalmente vulnerado el derecho fundamental reconocido a los demás ciudadanos en el artículo 23.2 de la Constitución, pues la Administración Pública no les da la oportunidad de participar en un procedimiento público y competitivo para selección de funcionarios (interinos o de carrera).

Pero, además, la utilización de la figura del contrato administrativo cuenta con un límite infranqueable, que es la prohibición de contratar actividades que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Así lo establece expresamente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en su artículo 275.1, para el contrato de gestión de servicio público, y en su artículo 301.1, para el contrato de servicios.

Asimismo, el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público establece una reserva de funciones a favor del personal funcionario, al disponer que *“en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”*. Por tanto, la celebración de contratos administrativos para la realización de funciones reservadas al personal funcionario constituye una infracción de las citadas normas.

No es posible profundizar en el presente trabajo¹³⁰¹ acerca de la delimitación exacta y concreta en cada caso de cuáles sean esas funciones reservadas al personal funcionario, pero sí debemos reiterar que el citado artículo 9.2 EBEP se refiere a la “participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas”, lo cual no es un concepto precisamente muy reducido. En este sentido, no se trata solamente de las potestades de expropiación, inspección o sanción, sino de todas las potestades administrativas, entre las que figuran, por ejemplo, la concesión de subvenciones públicas.

Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN¹³⁰² entiende que las funciones a que se refiere el artículo 9.2 EBEP son el “núcleo esencial e indeclinable de la actividad administrativa”, y que se trata de los puestos de trabajo que impliquen funciones tales como la “elaboración y aprobación de actos administrativos limitativos de derechos, las actividades de inspección y sanción, la exacción de tributos o la emanación de órdenes de policía”. En cambio, considera que el ejercicio de otras actividades públicas, incluidas las meramente auxiliares de las citadas, no queda reservado al personal funcionario.¹³⁰³

Pero debe destacarse que, si nos ceñéramos a aquellas funciones que consisten directamente en ejercitar potestades públicas o salvaguardar intereses generales, entonces el ámbito reservado a los funcionarios sería realmente reducido, incluso podríamos decir que, en las actuales estructuras administrativas, quedaría casi ceñido a los puestos de estructura que no tienen carácter básico, y que fundamentalmente son de Grupo A1, puesto que son los Jefes de Servicio y Jefes de Sección los que dictan y firman los actos administrativos. Por tanto, un simple funcionario de Grupo A1 que ayuda a un Jefe de Sección, preparándole los expedientes y las resoluciones administrativas, podría ser un laboral, ya que no dicta actos administrativos, sino que ayuda al Jefe de Sección o de Servicio. Incluso un técnico que elabora informes que son determinantes para resolver el procedimiento administrativo podría ser laboral.

Ahora bien, el citado artículo 9.2 del EBEP se refiere también a la “participación indirecta”, que, como tal, no puede consistir en dictar actos administrativos, sino más bien en participar en su preparación, por lo que el resto de tareas que en la Administración Pública coadyuvan a la tarea de dictar actos

¹³⁰¹ Ver en todo caso lo expuesto en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral.

¹³⁰² SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 91.

¹³⁰³ En definitiva, concluye que la reserva afectaría sólo a “funcionarios de determinados Cuerpos clasificados por el EBEP dentro del Grupo A (en sus dos subgrupos), conforme al anexo del Real Decreto 543/2001 citado, entre ellos los miembros de la Carrera Diplomática, Abogados del Estado y Letrados del Consejo de Estado y de la Seguridad Social, Técnicos Superiores y Economistas del Estado, Inspectores y Subinspectores de diferentes Ministerios, Agencia Tributaria, Seguridad Social y Consejo de Seguridad Nuclear, Interventores y Auditores, funcionarios de Instituciones Penitenciarias y algunos otros”.

administrativos también quedarían reservadas a los funcionarios.¹³⁰⁴ Así, el empleado público que elabora borradores de resoluciones administrativas participa en la tramitación de los expedientes administrativos (aunque no firme las resoluciones administrativas) y presta asesoramiento a sus mandos superiores, debe ser también un funcionario, porque influye en la actividad de aquéllos. Se trata de verdaderas funciones públicas aunque no lleven aparejada la potestad de dictar el acto administrativo.¹³⁰⁵

A efectos de distinguir las funciones que corresponden a laborales y a funcionarios, la doctrina más reciente establece una escala de intensidad en la exigencia del principio de objetividad e imparcialidad, que varía según el tipo de actividad de que se trate, de manera que, cuanto mayor sea la intensidad exigida, procederá la atribución de la función en exclusiva al personal funcionario.¹³⁰⁶

En el primer grupo se encontrarían tareas de sectores como la Justicia, el orden público, la gestión tributaria¹³⁰⁷, la concesión de subvenciones y la tramitación de procedimientos administrativos, mientras que en el segundo grupo se situarían sectores como el de los servicios sociales y prestacionales o de actividad económica. Podemos concluir, pues, que la reserva funcional del artículo 9.2 EBEP se refiere a las funciones que tengan trascendencia para la situación jurídica de los ciudadanos, afectando a sus derechos y obligaciones¹³⁰⁸, pues en estos casos se requiere la nota de objetividad e imparcialidad que sólo puede proporcionar el estatuto funcional.

¹³⁰⁴ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., "Los contratos administrativos...", op.cit., pg. 83.

¹³⁰⁵ DEL SAZ CORDERO, S., "La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de alta dirección", DA, nº. 243, 1995, pgs. 149 a 151.

¹³⁰⁶ Exponen esta teoría, entre otros, BOLTAINA BOSCH, X. (*Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pgs. 55 y 56), ILDEFONSO HUERTAS, R.M. (*Tres modelos...*, op.cit., pg. 274), CASTILLO BLANCO, F.A., ("Los sistemas de selección...", op.cit.), y FONDEVILA ANTOLÍN, J., (*Constitución y empleo público...*, op.cit., pg. 151).

¹³⁰⁷ Esta cuestión se revitaliza continuamente, en casos como el de la creación de la Agencia Tributaria de Andalucía, configurada como una Agencia de carácter especial (no una Agencia de carácter administrativo equivalente a un Organismo Autónomo íntegramente sujeto al Derecho Administrativo), cuyo personal en su mayoría se prevé laboral, aún tratándose de un Ente destinado a la gestión tributaria, con el consiguiente ejercicio continuo de potestades administrativas.

¹³⁰⁸ Al respecto, el TSJ de Andalucía (Sala de Sevilla), en las sentencias de 25 de mayo de 2009 (nº. 597/2008) y 8 de febrero de 2011 (nº. 113/2009), ha considerado que la reserva funcional afecta a las actuaciones de controles de seguimiento, comprobación de cumplimiento, registro, archivo, clasificación de documentos administrativos, tareas organizativas de los expedientes administrativos, y la tramitación de solicitudes con fijación de su prelación y su admisión. También la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, del TSJ de Andalucía, recurso nº. 404/2010, anula una Orden de la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía por la que se delegaba en una Agencia Pública Empresarial con personal laboral la facultad de conceder subvenciones, indicando esta sentencia que la concesión de subvenciones implica el ejercicio de potestades administrativas, que no pueden ser ejercidas por el personal de esta Agencia, que es personal laboral.

B) Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario.

Como se ha expuesto anteriormente, la celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales da lugar a que se declare judicialmente la existencia de una relación laboral. Ahora bien, la relación laboral que subyace bajo el contrato administrativo no puede tener por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario. Y si así hubiera sucedido, no podrá declararse la existencia de una relación funcionarial o de interinidad, porque estas relaciones sólo pueden nacer en virtud del correspondiente acto administrativo de nombramiento tras la tramitación del correspondiente proceso selectivo. Por tanto, nos encontramos con una relación laboral que tiene por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario.

La doctrina viene señalando la nulidad de la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente relación de puestos de trabajo.¹³⁰⁹ En relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, autores como GODINO REYES¹³¹⁰ entendían que la lista de supuestos de dicho artículo en los que cabe contratar laborales tenía carácter taxativo o de *numerus clausus*. En tal sentido, si se contrataba a un laboral para realizar funciones fuera de esta lista, y que, por tanto, correspondían al personal funcionario, se planteó la cuestión de si el contrato laboral sería nulo, por estar celebrado fuera de las previsiones de dicho artículo.

Sobre esta cuestión, y para el caso de que el prestador del servicio exija que se le reconozca la condición de laboral, MENÉNDEZ SEBASTIÁN¹³¹¹ señala que no es pacífica la cuestión de utilizar contratos laborales temporales para cubrir las plazas adscritas a personal funcionario mientras se tramitan los correspondientes procesos selectivos. El Real Decreto 2720/1998 permite a la Administración celebrar contratos laborales de interinidad “*mientras duren los procesos de selección para la cobertura definitiva de los puestos de trabajo*”, de manera que no especifica que deban ser puestos de trabajo adscritos a personal laboral, por lo que parece que podrían también cubrirse así puestos funcionariales.¹³¹²

Sin embargo, se trata de una interpretación con fundamentos normativos muy débiles, porque puede entenderse que el citado Real Decreto está pensando solamente en el ámbito laboral, máxime si tenemos en cuenta que la normativa administrativa ya prevé la figura del funcionario interino. Por tanto, sería

¹³⁰⁹ Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “Relación laboral común...”, op.cit., pg. 601.

¹³¹⁰ GODINO REYES, M., “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local”, *REDT*, 1997.

¹³¹¹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal...”, op.cit., pg. 175.

¹³¹² MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal...”, op.cit., pg. 176.

complicado reconocer la existencia de un contrato laboral (indefinido no fijo de plantilla) si se trata de funciones reservadas a funcionarios y además existe la figura del funcionario interino.¹³¹³

Entendemos que, dado que la reserva de funciones a favor del personal funcionario es una norma imperativa, su vulneración haría nulo el contrato laboral que tiene por objeto tales funciones¹³¹⁴.

Por su parte, entiende MENÉNDEZ SEBASTIÁN que otra solución más coherente con la legislación vigente (que reserva ciertas funciones a funcionarios) es nombrar al afectado funcionario interino¹³¹⁵. Ahora bien, para ser nombrado funcionario interino es preciso superar los correspondientes procesos selectivos, los cuales no ha superado quien ha sido irregularmente contratado a través de un contrato administrativo de servicios en el que, por tanto, no se ha tramitado el proceso selectivo propio de la interinidad de que se trate.

En todo caso, debe destacarse la necesidad de que el legislador proceda a regular expresamente este caso, debido a las dificultades interpretativas y aplicativas que plantea. Concretamente, la ley debería disponer expresamente que la relación laboral encubierta es nula si tiene por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

3.3.4.- Supuestos en que relaciones de ajeneidad y dependencia son expresamente calificadas como contratación administrativa por la ley

Como se ha expuesto anteriormente, la jurisprudencia viene admitiendo que la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores entra en juego cuando el contrato administrativo encubre una verdadera relación laboral. Sin embargo, existen supuestos en que la ley atribuye expresamente el carácter administrativo a relaciones que, de no existir dicha ley, merecerían la calificación de relaciones laborales, o incluso de interinidad funcional.

A este respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2010, ha considerado que el acogimiento a la normativa de un determinado contrato administrativo sí excluye la operatividad de las normas del Estatuto de los Trabajadores, en el caso de la contratación en régimen de Derecho Administrativo de profesores especialistas, porque la misma podía realizarse en virtud de lo

¹³¹³ En contra del uso de la figura de la interinidad laboral para cubrir provisionalmente puestos administrativos, puede citarse a CAMPS RUIZ, L.M., *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pg. 60.

¹³¹⁴ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., "Los contratos administrativos...", op.cit., pg. 85. También LIMÓN LUQUE, M.A., "La igualdad en el acceso del personal laboral a la Función Pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo", *Revista del Trabajo*, nº. 99, 1990.

¹³¹⁵ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., "Contratación temporal...", op.cit., pg. 179.

dispuesto en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, desarrollado por el Real Decreto 1560/1995, de 21 de septiembre, que regula el régimen de contratación de profesores especialistas.

Y ello por entender el Tribunal Supremo que “esa doctrina con arreglo a la que no cabe, en general, para la Administración llevar a cabo contratos de colaboración o contrataciones de realización de obras y servicios en régimen de derecho administrativo, por las razones antes descritas, se ha dictado en relación con sistemas de contratación utilizados por la Administración en los que el bloque normativo se refería a la Ley 30/1984, en relación con los contratos administrativos de colaboración temporal, o de trabajos específicos no habituales, y después a través de contrataciones administrativas llevadas a cabo una vez vigente y al amparo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995 (...), el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, o la vigente Ley de Contratos del Sector Público. (...) Precisamente el caso que ahora debemos resolver, se rige por un conjunto de normas coordinado y homogéneo que supone una excepción a la regla general antes expresada. La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo”.

Ciertamente, la citada Ley Orgánica 1/1990 estaba atribuyendo carácter administrativo a una relación jurídica que, de no existir dicha ley, merecería la calificación de laboral o incluso de interinidad funcionarial, de acuerdo con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores (normativa laboral de competencia exclusiva del Estado) y en la legislación básica sobre función pública (legislación básica que también es competencia exclusiva del Estado). Pero precisamente es el propio legislador estatal el que establece la excepción.

En cambio, resulta más complicado admitir excepciones establecidas por leyes autonómicas, debido a que éstas han de respetar lo dispuesto en la legislación laboral y en la legislación básica sobre función pública dictadas por el Estado.¹³¹⁶

En este sentido, debe hacerse referencia al caso del Decreto Foral Legislativo 251/1993, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto del Personal de la Administración Foral de Navarra, cuyo artículo 88 dispone que *“las Administraciones Públicas de Navarra sólo podrán contratar personal en régimen administrativo para: (...) b) La sustitución del personal y la provisión temporal de las vacantes existentes en sus respectivas plantillas orgánicas”*. Este Decreto Foral se ampara en el artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Fuero de Navarra, que establece la competencia exclusiva de esta Comunidad sobre el *“Régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral,*

¹³¹⁶ RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “Los contratos administrativos...”, op.cit., pg. 87.

respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.

Este grado de competencia atribuido a Navarra ha sido reconocido por la STC 140/1990, que señala que tiene como límites “en primer lugar, el que las mismas no afecten a las competencias estatales inherentes a la unidad constitucional y, en segundo lugar, el respeto de los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.

Sobre esta base, el TSJ de Navarra, en sentencia de 10 de enero de 2011, relativa a un trabajador que había suscrito varios contratos temporales de interinidad en régimen administrativo, considera válida la extinción del último contrato temporal suscrito en régimen administrativo, en lugar de declarar el carácter laboral encubierto de la relación contractual, por entender que la regulación foral amplía los supuestos de contratación administrativa establecidos a nivel estatal.

Es cierto que la competencia foral de la Comunidad Autónoma de Navarra ha sido reconocida por la Disposición Adicional Tercera del EBEP, “en los términos establecidos en el artículo 149.1.18 y disposición adicional primera de la Constitución, y en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra”. Ahora bien, la cuestión de si pueden celebrarse contratos administrativos en los casos en que el servicio se presta en condiciones de ajeneidad y dependencia, propias de una relación laboral, es una cuestión que afecta al Derecho Laboral, que es competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149.1.7ª CE, y respecto del cual la Comunidad Navarra sólo tiene competencia de ejecución, no de carácter normativo, según el artículo 58 de la citada Ley Orgánica 13/1982.

Por tanto, si en la relación contractual concurren las características propias de la relación laboral, el contrato ha de calificarse como laboral encubierto, debiendo entenderse, sin más, que el citado artículo 88 del Texto Refundido del Estatuto del Personal de la Administración Foral de Navarra es inconstitucional por establecer un supuesto de no laboralidad respecto de relaciones que son laborales, vulnerando por tanto la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho Laboral.

Por otro lado, si las funciones a realizar son tareas reservadas al personal funcionario (en los términos del artículo 9.2 EBEP), en tal caso la relación ha de ser funcionarial (aunque sea interina), por imperativo del EBEP (que es legislación básica), que ha de ser respetado por la Comunidad Navarra, pues, como se ha visto, el artículo 49.1.b) de la Ley Orgánica 13/1982, establece la competencia exclusiva de esta Comunidad sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de la misma “respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos”.

Debe recordarse que la STC 140/1990 admitió que la Comunidad Navarra podía regular aspectos como la integración en sus órganos de otros sindicatos que no tuvieran la condición legal de más representativos según la legislación estatal, así como podía regular la composición de las Juntas Electorales en materia de función pública, pero recordando los límites constitucionales, y aclarando, en este sentido, que “la determinación de la composición de las Juntas Electorales tiene un carácter fundamentalmente técnico en la organización de las elecciones y no requiere una completa uniformidad ni tampoco afecta al derecho esencial de representación colectiva de los funcionarios públicos”.

Ahora bien, establecer que cabe celebrar contratos administrativos para la sustitución del personal y la provisión temporal de las vacantes existentes en la Administración Pública navarra supone atribuir carácter de contrato administrativo a lo que por ley estatal (básica o exclusiva) es una relación laboral o, en su caso, funcional, según resulta del Estatuto de los Trabajadores y del EBEP, siendo así que estas dos leyes constituyen un límite infranqueable.¹³¹⁷

Pueden citarse además otros supuestos, como el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, cuyo artículo 9 se refiere a los contratos administrativos, estableciendo que “la Administración Pública de la Región de Murcia podrá contratar excepcionalmente con determinadas personas físicas o jurídicas la prestación de servicios o la realización de obras o tareas específicas de contenido profesional o de naturaleza no habitual. Tales personas tendrán la consideración de contratistas y no formarán parte del personal de la Comunidad. Su relación con la Administración se regirá por la normativa de contratos de las Administraciones Públicas, así como por la legislación civil y mercantil, en su caso”.

Pues bien, sobre este artículo 9 recae la duda de posible inconstitucionalidad, por no ajustarse a lo dispuesto en el EBEP y en el Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que atribuye carácter administrativo a relaciones de servicios que son laborales o funcionariales si presentan las características de ajeneidad y dependencia. En este sentido, la única forma de entender que dicho artículo es constitucional, sería considerar que no añade nada a la legislación básica de contratos, y que cuando se refiere a “la prestación de servicios o la realización de obras o tareas específicas de contenido profesional o de naturaleza no habitual” se está refiriendo a relaciones contractuales en las que no concurren

¹³¹⁷ En este sentido, se ha señalado que lo expuesto en la citada sentencia del TSJ de Navarra, admitiendo la naturaleza administrativa y no laboral del contrato objeto de análisis, debe entenderse referida al régimen anterior al EBEP (LLOBERA VILA, M., “Contratación temporal irregular en Administraciones Públicas y novación posterior a través de contrato administrativo de interinidad fundado en norma foral”, AS, nº. 62/2011. Ver también EMBID IRUJO, A., “Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas”, REDA, nº.137, 2008.

las notas propias de una relación laboral, ni tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario.

3.3.5.- El uso fraudulento de sociedades mercantiles

A la contratación directa de personas físicas mediante contratos administrativos fraudulentos le está sucediendo una nueva fase, que es la contratación de estas personas físicas mediante sociedades mercantiles interpuestas de las que son titulares estas personas físicas. Puede hablarse de supuestos en los que los gestores de la Administración Pública, conscientes de que el uso fraudulento de la contratación administrativa está siendo ya detectado e impugnado, incluso por las propias personas físicas con quienes suscriben estos contratos, pasan a exigir a estas personas físicas que formalmente presten sus servicios a una sociedad mercantil con la que la Administración Pública celebra el contrato administrativo de servicios.

En tales casos, la apariencia de inexistencia de ajeneidad y dependencia respecto de la Administración Pública es mayor, pero tras dicha apariencia subyace el mismo sustrato fraudulento, ya que la sociedad mercantil está creada por dicha persona física, es de su titularidad o control, y su actividad principal o casi exclusiva es la prestación del servicio objeto del contrato administrativo a la Administración Pública con la que lo ha suscrito, sin que existan más medios materiales y humanos, ni una organización empresarial real mayor que lo que existía cuando la Administración contrataba directamente a esta persona física de forma fraudulenta. Por tanto, procede en estos casos el levantamiento del velo societario interpuesto, pues se trata de un auténtico fraude de ley.¹³¹⁸

Es posible que en estos casos, más que un contrato laboral encubierto, se aprecie incluso la figura de la cesión ilegal de trabajadores, que en el ámbito de las Administraciones Públicas da lugar también a la mencionada figura del trabajador indefinido no fijo. A este respecto, y sin que sea objeto de esta tesis doctoral analizar dicha figura, debe destacarse que la Comisión Mixta de las Cortes Generales para las relaciones con el Tribunal de Cuentas aprobó la Resolución de 27 de octubre de 2010, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la

¹³¹⁸ No puede ser objeto de esta tesis doctoral resumir aquí la ingente bibliografía existente sobre levantamiento del velo de las sociedades mercantiles interpuestas, si bien puede citarse alguna obra de referencia en el ámbito del Derecho Administrativo, como ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., "Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", *REALA*, nº. 274-275, 1997, y RECUERDA GIRELA, M.A., "La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como técnica para el cobro de deudas de entes del sector público", en AA.VV., *La morosidad del sector público*, Dir. RECUERDA GIRELA, M.A., Civitas, Madrid, 2012, pg. 10 y ss.

Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales.

Dicha Resolución insta a las Administraciones Públicas a *"instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada"*. También les insta a que *"a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate"*.

Y, en línea con esta Resolución, la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, contiene *"medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración"*, tendentes a evitar que los trabajadores de las empresas contratistas se conviertan en trabajadores de las Entidades del Sector Público a través del mecanismo de la cesión ilegal de trabajadores. Y, en particular, dispone que los Entes, Organismos y Entidades del Sector Público dictarán *"las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral"*.

Debe destacarse, en particular, la Recomendación 1/2012 de la Comisión Consultiva de Contratación de la Junta de Andalucía, que, en relación con los contratos de servicios, recomienda que en las cláusulas administrativas particulares se incluya la siguiente cláusula: *"El contratista aporta su propia dirección y gestión al contrato, siendo responsable de la organización del servicio, de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, en los términos del artículo 305.1 del TRLCSP. La empresa contratista dispondrá, para la ejecución del contrato, de una estructura jerarquizada, que se precisará en el estudio organizativo del servicio, que se hará responsable de impartir a sus trabajadores las correspondientes órdenes, criterios de realización del trabajo y directrices de cómo distribuirlo"*. También recomienda que *"cuando sea necesario que parte del equipo de trabajo disponga de un local en las oficinas públicas, debe constar expresamente en los pliegos de contratación qué medios materiales corresponde aportar al contratista y qué medios aportará la Administración, indicándose la obligación de que el contratista dispondrá de un*

seguro de responsabilidad civil que cubra los posibles daños a los bienes públicos”.

Por su parte, las Instrucciones de las Secretarías de Estado de Administraciones Públicas y de Presupuestos y Gastos, sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, de 28 de diciembre de 2012, establecen que la redacción de los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas particulares de los contratos de servicios *“deberá garantizar la existencia real de la empresa adjudicataria, que habrá de contar con una organización propia y estable, viabilidad económica, clientela ajena al Departamento Ministerial, agencias, entes, organismos y entidades que forman parte del sector público y medios materiales y personales necesarios para el desarrollo de la actividad contratada”*. Consideramos muy adecuada esta previsión, para asegurar que la empresa adjudicataria no es un velo interpuesto, y así debería exigirse textualmente en la normativa con rango de ley.

Por su parte, la Instrucción de 21 de diciembre de 2012 del Consejero de Administraciones Públicas sobre la adopción de medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y por los Entes que integran su Sector Público instrumental, establece que *“debe garantizarse que el contratista seleccionado sea un empresario que, como tal, disponga de una organización productiva propia y estable con una actividad que no se limite a la mera cesión de mano de obra, y de los medios personales y materiales para llevar a cabo su actividad y, en definitiva, de solvencia suficientes para cumplir el contrato.”* Esta Instrucción habrá de ser interpretada conjuntamente con la amplia posibilidad que hoy reconoce a las Administraciones Públicas el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para contratar con Empresas de Trabajo Temporal.

En cuanto se refiere a la hipótesis planteada en el presente apartado, cabe concluir que resulta difícil que una sociedad mercantil constituida por una persona física que antes estaba vinculada con la Administración Pública o Ente de que se trate a través de una relación laboral encubierta, pueda disponer de los medios organizativos a los que se refieren estas Instrucciones, de manera que habitualmente se tratará de la interposición fraudulenta de una sociedad, y de nuevo aflorará la relación laboral encubierta.

4.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

El respeto al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad implica también que las necesidades permanentes o estructurales de personal deben ser cubiertas por personal funcionario de carrera y laboral fijo seleccionado mediante los procedimientos selectivos legalmente

establecidos a tales efectos. En este sentido, de nada sirve disponer de sistemas de selección y órganos de selección adecuadamente regulados para seleccionar personal funcionario de carrera y laboral fijo, si las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público pueden decidir utilizar otro tipo de personal, eludiendo estos sistemas y órganos de selección.

A este respecto, la relación de puestos de trabajo y la Oferta de empleo público son herramientas imprescindibles, porque permiten diseñar y conocer qué puestos de trabajo tienen las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público, con qué tipo de personal los cubren y si se ofertan para su cobertura mediante publicidad y libre concurrencia.

En cuanto se refiere a la relación de puestos de trabajo, debe destacarse que en muchos casos la normativa vigente establece que no es preciso que figuren en la RPT los puestos de trabajo para tareas de carácter no permanente mediante contratos de trabajo de duración determinada y con cargo a créditos correspondientes a personal laboral eventual o al Capítulo de inversiones. Se trata fundamentalmente de los nombramientos de funcionarios interinos en caso de exceso o acumulación de tareas y para ejecutar programas temporales, así como de la contratación de personal laboral temporal también para esos dos casos. Estos nombramientos y contrataciones pueden constituir una vía de escape y arbitrariedad para el acceso al empleo público sin superar los correspondientes procesos selectivos, por lo que debería establecerse legalmente la obligación de las Administraciones y demás Entes del Sector Público de elaborar un documento donde figurasen todos esos nombramientos y contrataciones, que permita controlar la regularidad y duración de los mismos.

Por otro lado, la doctrina no es unánime en cuanto a los efectos atribuibles a la contratación de personal para cubrir puestos que no figuran en la RPT, por lo que es preciso que el legislador establezca expresamente la nulidad del proceso selectivo y del contrato laboral o nombramiento funcional subsiguiente en caso de que el puesto de trabajo no figure en la RPT, con el cese inmediato del personal así contratado.

En cuanto se refiere a la Oferta de empleo público, procede suprimir la referencia del EBEP a otros instrumentos similares, pues es conveniente mantener una denominación única para lo que siempre será lo mismo. Asimismo, la ley debe aclarar que todas las vacantes dotadas presupuestariamente han de ser incluidas en la OEP, o bien ser amortizadas.

La OEP de cada Administración territorial (Estado, Comunidad Autónoma, Municipio y Diputación Provincial) debe ser comprensiva de las plazas de nuevo ingreso que se van a ofertar en todos los Organismos Públicos y sociedades y fundaciones del Sector Público dependientes de dicha Administración territorial, porque ello facilitaría la racionalización de los procesos selectivos y del acceso al empleo público, quedando sistematizada y simplificada la información que necesita el ciudadano para plantearse el acceso al empleo público.

Debe hacerse una referencia más extensa a la excesiva temporalidad en el empleo público, que constituye una de las principales irregularidades en la cobertura de necesidades permanentes. Esta situación de excesiva temporalidad en el empleo público no sólo obedece a las prácticas irregulares de las personas que gestionan a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, sino también a la deficiente legislación en la materia, totalmente falta de mecanismos de control.

El excesivo volumen de personal temporal ha provocado una lesión frontal y continua del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos. Así, en primer lugar, la perpetuación de los empleados temporales provoca el diseño de procesos selectivos destinados a consolidar a este colectivo rebajando de forma inadmisiblemente los requisitos de mérito y capacidad. En segundo lugar, la perpetuación de un funcionario interino o de un trabajador temporal en el desempeño de una plaza constituye una lesión al citado derecho fundamental del resto de ciudadanos, pues el proceso selectivo que habilitó el nombramiento o contrato temporal fue mucho menos exigente que el proceso selectivo de acceso a la condición de funcionario de carrera o trabajador fijo.¹³¹⁹

En términos generales el EBEP no ha introducido la mayoría de los mecanismos y garantías propuestos en el Informe de la Comisión de Expertos para evitar que vuelvan a producirse las altas tasas de temporalidad en el empleo público y se perpetúe el personal funcionario interino y laboral temporal. Y, a mayor abundamiento, el EBEP en su Disposición Transitoria Cuarta permite, una vez más, efectuar convocatorias para consolidar el empleo temporal (concretamente, para las plazas ocupadas de manera interina o temporal con anterioridad al 1 de enero de 2005) mediante procesos selectivos de consolidación de empleo temporal que favorecen desproporcionadamente a este personal temporal frente a los aspirantes que no han prestado previamente servicios en la Administración o Ente convocante.

Se resumen a continuación las principales deficiencias de la normativa vigente:

- Límites a la duración de los empleos públicos temporales

¹³¹⁹ Esta vulneración del derecho fundamental se produce, por ejemplo, cuando las plazas son ocupadas de forma perpetua por interinos. Un claro ejemplo fue la falta de convocatorias de plazas por parte de la Administración General del Estado en las subescalas de funcionarios locales de habilitación nacional durante los años ochenta y los primeros noventa. Al no poder ser cubiertas las plazas con funcionarios de nuevo ingreso que hubieran superado los procedimientos selectivos legalmente establecidos (de adecuado rigor en cuanto a la acreditación de mérito y capacidad), se produjo, en palabras de RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "un fuerte intrusismo profesional, pues muchas plazas fueron ocupadas mediante nombramientos provisionales por personas que incluso no ostentaban la condición de funcionarios públicos, con una marcada politización de los nombramientos". (RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., "Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos", *PGP*, nº. 41/2005).

En cuanto al personal funcionario interino, el artículo 10.4 EBEP establece que las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos por sustitución deberán incluirse en la Oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Esta obligación ha de ser puesta en relación con las limitaciones que imponen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a las Ofertas de empleo público. Estas leyes tienen, como tales leyes, el mismo rango que el EBEP, y son norma posterior, por lo que, aunque exista la obligación de incluir una plaza vacante en la OEP en virtud del artículo 10.4 EBEP, si se supera el límite presupuestario, no es posible incluir dicha plaza en la OEP. Ahora bien, en este caso debe entenderse que existe la obligación de amortizarla, pues el EBEP no da otra salida, ya que prevé o bien la inclusión en la OEP, o bien la amortización de la plaza. Pero sería conveniente que dicho artículo 10.4 EBEP lo aclarase así expresamente, para evitar que las Administraciones Públicas reticentes a amortizar plazas ocupadas por interinos realicen otras interpretaciones de dicho artículo. Por otra parte, la medida del artículo 10.4 EBEP no va acompañada de los mecanismos legales que aseguren su cumplimiento.

El EBEP (artículo 10.1 c) y d)) admite también el nombramiento de personal funcionario interino para los casos de ejecución de programas temporales y exceso o acumulación de tareas, pero la regulación de la duración de estas interinidades funcionariales es deficiente. Así, el artículo 10.1.c) EBEP no ha fijado la duración máxima de la interinidad por ejecución de programas. Además, el EBEP no establece mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento de la duración máxima, pues no resulta aplicable el mecanismo del artículo 10.4 EBEP, que sólo se refiere al supuesto de las interinidades por vacante, y las interinidades funcionariales por ejecución de programas y por exceso de tareas no suelen recaer sobre plazas que figuren en la relación de puestos de trabajo.

En cuanto a los contratos laborales temporales, las propias normas de duración de estos contratos plantean problemas interpretativos y aplicativos. Así, el Real Decreto 2720/1998 establece que el contrato temporal de interinidad por vacante (sin reserva del puesto para el titular) se extingue por el transcurso del plazo que resulte de aplicación al proceso de selección en la Administración Pública. Pero puede haber Administraciones Públicas que no tengan regulado el plazo máximo de duración de los procesos selectivos, o que simplemente no incluyan la plaza en la Oferta de empleo público, de modo que, difiriéndose o no tramitándose el proceso selectivo, el personal laboral interino se eterniza en el puesto de trabajo.

Además, el EBEP no ha implantado mecanismos que permitan controlar eficazmente que los contratos laborales temporales no se extienden más allá del límite legal máximo. Así, ni siquiera contiene una norma equivalente a la de su artículo 10.4, norma que además no serviría para las contrataciones no vinculadas a puestos de trabajo de la RPT.

- Utilización de personal temporal para cubrir necesidades permanentes

En cuanto al personal funcionario interino, la utilización irregular de personal temporal para necesidades estructurales también se articula a través del uso incorrecto de los supuestos de interinidad funcional por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas. Al respecto, el EBEP ni siquiera fija una duración máxima a dichas interinidades, ni prohíbe la reiteración de programas temporales con el mismo objeto.

En cuanto al personal laboral, la rotación de trabajadores temporales sobre un mismo puesto de trabajo implica la utilización de la contratación laboral temporal para necesidades permanentes o estructurales. Por tanto, la ley debe impedir que se pueda producir dicha rotación. Sin embargo, del tenor del artículo 15.5 del Estatuto de los Trabajadores se desprende que la ley permite el encadenamiento de contratos laborales temporales con distintos trabajadores para el mismo puesto de trabajo.

Para compensar esta situación, el segundo párrafo del mismo artículo 15.5 ET atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de establecer requisitos para evitar el abuso en la contratación rotativa de trabajadores temporales para cubrir el mismo puesto de trabajo, lo cual es una difícil tarea. Y, además, el propio artículo 15.5 ET establece que lo dispuesto en dicho apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos de interinidad, por lo que la ley incluso excluye la posibilidad de que la negociación colectiva limite la rotación en este caso. Y el EBEP ni siquiera establece una regla similar a la del artículo 10.4 EBEP, de manera que no obliga a incluir en la Oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos, o bien amortizarlas.

- Encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona

El hecho de que una misma persona encadene nombramientos interinos o contratos laborales temporales no constituye por sí solo una lesión del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE de los demás ciudadanos¹³²⁰. Sin embargo, a medio y largo plazo, se acaba lesionando dicho derecho fundamental, porque se trata de colectivos de empleados públicos temporales de larga duración que acaban exigiendo la tramitación de procesos selectivos de consolidación de empleo temporal en los que se rebajan de forma inconstitucional las exigencias de mérito y capacidad, y se trata de forma privilegiada a dichos empleados temporales de larga duración frente al resto de aspirantes.

En el ámbito de los funcionarios interinos el encadenamiento de interinidades no está prohibido. En el ámbito laboral, el artículo 15.5 ET prevé la adquisición de la condición de trabajador fijo si el encadenamiento supera la duración temporal en él establecida, pero señala que esta regla no será aplicable a los contratos de interinidad. Por tanto, la ley admite que un mismo trabajador

¹³²⁰ Siempre que estos nombramientos o contratos se obtengan superando los correspondientes procesos selectivos de acceso al empleo temporal.

encadene contratos laborales de interinidad que superen los límites temporales del artículo 15.5 ET. Y, además, este trabajador no puede solicitar la conversión de su contrato en fijo (indefinido no fijo en el caso de las Administraciones Públicas).

Por otro lado, debe hacerse también una referencia al personal eventual, ya que, por regla general, las necesidades de personal deben ser cubiertas con personal funcionario o laboral. El personal eventual plantea el problema de su excesivo número, más allá de lo estrictamente necesario, debido en buena medida a que los cargos políticos y gestores de las Administraciones Públicas conceden, mediante favoritismos, empleos públicos a sus allegados y afines mediante el uso de la figura del personal eventual, eludiendo de esta manera tramitar los procesos selectivos basados en criterios de publicidad, libre concurrencia, mérito y capacidad, que la ley impone para el acceso al empleo público funcional y laboral. Además, se produce la contratación de personal eventual para realizar funciones que no le corresponden, es decir, que no son de confianza ni de especial asesoramiento, sino que son propias del personal funcionario o laboral.

Dado que para la selección del personal eventual no rigen los principios de mérito y capacidad, es preciso que su contratación no se extienda más allá de lo legalmente autorizado: es decir, que no alcance un volumen excesivo, ni desempeñe funciones del personal funcionario o laboral. Y el EBEP no ha establecido garantías suficientes a tales efectos. Así, para delimitar más claramente las funciones del personal eventual, no es suficiente con indicar que son tareas de confianza o especial asesoramiento. Además, el artículo 12 EBEP ha dispuesto que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que puedan disponer de personal eventual serán los que establezcan su número máximo. Sin embargo, no parece suficientemente garantista dejar a estos órganos fijar dicho número máximo con total libertad, ya que son los titulares de estos órganos los que pueden abusar de la contratación de personal eventual con criterios de favoritismo.

En cuanto a la necesaria transparencia sobre el personal eventual, el EBEP exige únicamente que se publique *“el número máximo”* de personal eventual establecido por el respectivo órgano de gobierno, así como *“las condiciones retributivas”*. Por tanto, el EBEP ni siquiera alcanza la regla del artículo 104.3 de la Ley 7/1985, según la cual los nombramientos de personal eventual deben ser publicados en el Boletín Oficial de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación.

Finalmente, también debe hacerse referencia a los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. Estos contratos irregulares no solamente vulneran los derechos del trabajador (duración y extinción del contrato laboral, retribuciones mínimas, cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.), sino que además vulneran el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, ya que las funciones y tareas públicas (que

deben ser realizadas por personal funcionario o laboral) son realizadas por personas que no han superado el correspondiente proceso selectivo para ocupar un empleo público (funcionarial o laboral, ya sea fijo o temporal).

Adicionalmente, la declaración judicial de que un contrato administrativo de servicios encubre una relación laboral conlleva, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la aplicación de la figura del trabajador laboral indefinido no fijo, que presenta serios problemas desde la perspectiva de los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que acaba provocando la consolidación de hecho de un personal que no ha superado el correspondiente proceso selectivo, pues la ley deja en manos de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate la decisión de tramitar el proceso competitivo para cubrir la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo.

Por otro lado, la legislación de contratos prohíbe expresamente a las Administraciones Públicas contratar con terceros para realizar funciones que impliquen el ejercicio de la autoridad, y el artículo 9.2 del Estatuto Básico del Empleado Público reserva al personal funcionario las tareas que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades administrativas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. Por tanto, estas funciones o tareas no pueden ser objeto de los contratos administrativos, y no es posible declarar la existencia de una relación funcionarial (de carrera o de interinidad) encubierta porque estas relaciones sólo pueden nacer en virtud de nombramiento tras la tramitación del correspondiente proceso selectivo. Por tanto, al existir dependencia y ajeneidad, nos encontramos con una relación laboral, pero que, al tener por objeto funciones reservadas por ley al personal funcionario, también resulta nula por este motivo.

Vistas todas las deficiencias de la normativa vigente expuestas, es necesario adoptar las siguientes medidas de *lege ferenda*:¹³²¹

1) El EBEP, como mínimo, debe establecer la obligación para cada Administración Pública o Entidad del Sector Público de fijar un porcentaje máximo de personal temporal (tanto funcionario como laboral) sobre el volumen total de efectivos, nunca superior al 8% global y, para el caso de que no lo fije, establecer subsidiariamente la aplicación de dicho porcentaje del 8%. También debería

¹³²¹ Ahora bien, con carácter previo, debe aclararse que estas medidas deben ir acompañadas de una reforma de las relaciones de puestos de trabajo que haga más flexibles las descripciones de los puestos de trabajo, de manera que el personal estable (funcionario de carrera y laboral fijo) del que se disponga sea susceptible de ser destinado a las nuevas necesidades que van surgiendo en cada momento. Por tanto, es necesaria una flexibilización de las relaciones de puestos de trabajo, en el sentido de disponer de puestos más polivalentes que permitan mover al personal desde unas tareas hacia otras. En particular, ello implica realizar descripciones más genéricas de los puestos de trabajo, permitiendo la asignación de mayores funciones dentro de un término razonable. Ejemplo de ello podrían ser los denominados “negociados de tramitación”, que implican la tramitación de cualquier procedimiento administrativo en relación con aquellas actuaciones que estén dentro de las funciones asignables al Cuerpo funcionarial de que se trate.

indicar expresamente que, alcanzado dicho porcentaje máximo, no se podrán realizar nuevas contrataciones ni nombramientos de empleados públicos temporales, los cuales, en caso de realizarse, serán radicalmente nulos con cese inmediato de los contratados o nombrados.

2) La ley debe establecer reglas para evitar la perpetuación de la persona en el mismo puesto de trabajo, nombramiento o contrato, más allá del límite legal temporal máximo. Así:

- Debe reformarse el EBEP y obligar a que los procesos selectivos se tramiten dentro del plazo de los seis meses siguientes a la publicación de la Oferta de empleo público.

- En relación con la obligación del artículo 10.4 EBEP de incluir las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos en la Oferta de empleo público o amortizarlas, debe aclararse que las plazas deberán ser incluidas necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal funcionario o en la primera Oferta de empleo público que se apruebe, o ser amortizadas. Asimismo, debe asegurarse que, en caso de incumplimiento de dicha obligación, sea inmediatamente cesado el personal funcionario interino que las ocupa. Sin embargo, es más eficaz y sencillo establecer directamente un tope temporal a estas interinidades por vacantes, porque puede resultar complejo averiguar respecto de qué interinidades se ha incumplido la obligación, o cuándo debe entenderse incumplida dicha obligación. Por ello, es más efectivo que se añada en el citado artículo 10.4 EBEP que los funcionarios interinos serán cesados en la fecha en que el funcionario de carrera tome posesión de la plaza, y, en todo caso, en el plazo de dos años desde su nombramiento de interinidad. La ley debe establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el documento administrativo que recoge el nombramiento.

- La ley debe establecer que el nombramiento de personal funcionario interino para la ejecución de programas temporales tendrá la duración de éstos, y, en todo caso, no podrá exceder de dos años. La ley debe establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el documento administrativo que recoge el nombramiento.

- El EBEP no ha implantado mecanismos que permitan controlar eficazmente que los contratos laborales temporales no se extienden más allá del límite legal máximo. Al respecto, sería muy eficaz la extensión al personal laboral temporal de la regla prevista en el artículo 10.4 EBEP, es decir, que las plazas vacantes ocupadas por personal laboral interino (salvo que se trate de sustitución del titular con derecho a reserva del puesto) deban ser incluidas en la Oferta de empleo público o en el inmediato proceso de cobertura interna, o amortizadas.¹³²²

¹³²² En cuanto a los contratos laborales para ejecución de programas temporales, no se indica nada en este trabajo de investigación, porque el contrato laboral a utilizar es el de obra o servicio determinado, el cual ya tiene normas sobre duración legal máxima. Así, el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores dispone que “*estos contratos no podrán*

Y, por los mismos motivos expuestos para los funcionarios interinos, la ley debe imponer en todo caso una duración máxima a la interinidad laboral por vacante (dos años, por ejemplo). Además, este límite absoluto solucionaría los problemas de interpretación que presenta el Real Decreto 2720/1998, pues puede ocurrir que la Administración Pública no tenga regulado el plazo máximo de duración de los procesos selectivos.

En conclusión, el EBEP debe establecer que las plazas vacantes desempeñadas por trabajadores interinos (excepto en el caso de sustitución transitoria de sus titulares) deberán ser incluidas necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal laboral fijo o en la primera Oferta de empleo público que se apruebe, o ser amortizadas. Los citados trabajadores interinos serán cesados en la fecha en que el trabajador fijo tome posesión de la plaza, y, en todo caso, en el plazo de dos años desde su nombramiento de interinidad. La ley debe establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el contrato laboral de interinidad.

- En el caso de los trabajadores que, por irregularidades en la contratación temporal, se convierten, por obra de la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores, en personal laboral indefinido no fijo, el EBEP el EBEP no contiene mecanismos eficaces que aseguren que se procede a la cobertura (por los procedimientos correspondientes) de las plazas ocupadas por los trabajadores judicialmente declarados como indefinidos no fijos. Por tanto, el EBEP debe disponer que, declarado judicialmente que un trabajador es indefinido no fijo, se le asignará una plaza de la RPT y, si no existen plazas asignables, se procederá a su creación. Asimismo, que las plazas desempeñadas por personal laboral indefinido no fijo deberán ser incluidas necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal laboral fijo o en la primera Oferta de empleo público que se apruebe, o bien ser amortizadas.¹³²³ Y que el citado

tener una duración superior a tres años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior". Aunque, esta regla, según la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores "no será de aplicación a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes, ni a las modalidades particulares de contrato de trabajo contempladas en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades o en cualesquiera otras normas con rango de ley cuando estén vinculados a un proyecto específico de investigación o de inversión de duración superior a tres años".

¹³²³ Esta opción ha sido acogida por la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública, cuyo artículo 25 (modificado por la Ley 10/2012) dispone que "*declarado judicialmente el reconocimiento de una relación laboral de carácter indefinido no fijo, la Administración habrá de proceder a la adscripción del trabajador a un puesto de trabajo existente, preferentemente en los sectores prioritarios para la prestación de servicios públicos esenciales. De no existir puesto de trabajo adecuado, se procederá a la creación del mismo a través de la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo.*

Con independencia de la naturaleza funcional o laboral del puesto de trabajo, se adscribirá al trabajador al mismo, manteniéndose en su ocupación temporal mientras no sea cubierto por alguno de los sistemas de selección o provisión legalmente previstos, salvo que por razones organizativas y a través de los sistemas legalmente previstos,

personal laboral indefinido no fijo será cesado, en todo caso, en el plazo de dos años desde la declaración judicial de indefinición de su contrato.

3) Para evitar el encadenamiento de relaciones temporales de empleo público (funcionarial o laboral) por una misma persona, la ley debe adoptar una de estas dos medidas:

- O bien prohibir el encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona, más allá de un determinado límite temporal (incluso en el caso de que pudieran corresponderle dichos nombramientos o contratos en virtud de las reglas de las bolsas de trabajo temporal o de los restantes procesos selectivos de acceso al empleo público temporal). En el caso de los contratos laborales, ello implicaría reformar el artículo 15.5 ET, que se declara no aplicable a los contratos laborales de interinidad por sustitución.

- O bien prohibir los procesos de consolidación de empleo temporal, tal como los diseña la citada Disposición Transitoria 4ª del EBEP.

4) Para evitar la rotación de distintos empleados públicos temporales sobre un mismo puesto de trabajo o programa temporal, la ley debe establecer lo siguiente:

- En relación con la rotación de personal funcionario interino sobre un mismo puesto de trabajo, la ley debe establecer, en el caso de las interinidades por vacante (sin titular con derecho a reserva del puesto) que una vez cesado el funcionario interino que ocupa una plaza vacante por haber transcurrido el plazo máximo de los dos años, no podrá efectuarse ningún otro nombramiento para ocupar dicha plaza. Si, al producirse el cese, no han transcurrido los dos años, podrá nombrarse otro funcionario interino para cubrir la plaza, pero solamente hasta que se complete el tiempo que faltara para alcanzar los dos años, en cuyo momento será cesado el nuevo funcionario interino.

- En relación con la rotación de personal laboral temporal sobre un mismo puesto de trabajo, la ley debe extender al personal laboral temporal la regla del artículo 10.4 EBEP, y prohibir la rotación abusiva de personal laboral temporal sobre un mismo puesto de trabajo estableciendo que una plaza no podrá ser ocupada interinamente por uno o varios trabajadores durante más de dos años.

- En cuanto a la reiteración de programas temporales la ley debe establecer que no será posible efectuar el nombramiento de personal funcionario interino ni laboral temporal para programas que reproduzcan un programa temporal anterior, sino que las tareas correspondientes al nuevo programa habrán de ser desempeñadas por el personal funcionario de carrera o laboral fijo (según proceda en cada caso).

proceda su supresión. En todo caso, dicho puesto deberá incluirse en la convocatoria de Oferta de Empleo Público inmediatamente posterior a la adscripción del trabajador”.

5) En cuanto al personal eventual, el artículo 12 EBEP debe disponer expresamente que el personal eventual no podrá realizar actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni desempeñar puestos de trabajo estructurales y permanentes, ni podrá realizar funciones propias del personal directivo. Y que todos los puestos de trabajo que pueda desempeñar el personal eventual figuren en la RPT.

También debe establecer que por ley (estatal o autonómica) se fije el número máximo de personal eventual en cada Administración Pública y, para el caso de que no se fije, unas reglas exactas para su fijación, teniendo en cuenta el tipo de Administración de que se trate, y criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo.

Además, entendemos que el legislador debería dejar claro que no cabe el nombramiento de personal eventual para los grupos políticos de los Entes Locales, puesto que ésta es una práctica que viene teniendo lugar a pesar de carecer de fundamento legal.

6) En cuanto a los contratos administrativos de servicios con personas físicas que encubren relaciones laborales, la ley debe establecer expresamente que cuando se declare la naturaleza laboral de un contrato administrativo, la relación laboral deberá ser simultáneamente declarada nula, por no haberse constituido mediante el proceso selectivo legalmente establecido para celebrar contratos laborales temporales o fijos. Igualmente, si el contrato administrativo tenía por objeto tareas reservadas al personal funcionario, la ley debe añadir que la relación laboral subyacente también será nula por vulnerar la reserva funcional de funciones.

Y, en ambos casos, una vez declarada dicha nulidad por sentencia o resolución administrativa, procederá el cese inmediato de la prestación de servicios, si bien con el pago de los servicios prestados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores (por lo que, entonces, no procede aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo). Aunque, sin perjuicio de lo expuesto, la ley debería reconocer una indemnización al trabajador, especialmente a los efectos de que este régimen jurídico se considere ajustado a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, y a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

7) Reglas de procedimiento para asegurar el cumplimiento de las reglas sustantivas expuestas.

El efectivo respeto a las normas reguladoras de la RPT, la OEP y sobre eliminación del uso irregular de la contratación temporal, los contratos administrativos y el personal eventual, requiere de un conjunto de garantías procedimentales establecidas por la ley. Así:

A) La ley debe prever expresamente la imposibilidad de celebrar o prorrogar el contrato laboral temporal mientras no exista un certificado emitido por el órgano contratante que exponga el historial de contrataciones de la persona afectada en la Administración o Entidad que pretende celebrar el contrato, y en el que figure también el porcentaje exacto de temporalidad existente en ese momento en la Administración o Ente de que se trate, y si dicho porcentaje es superior al máximo legal. En los mismos términos la ley debe exigir un informe emitido por el órgano de asesoramiento legal de dicha Administración o Ente que indique que el contrato o prórroga del mismo es legalmente correcto y no entraña fraude ni abuso, teniendo en cuenta el citado historial laboral.

El certificado y el informe mencionados también serán exigibles en el caso de los nombramientos de personal funcionario interino, para asegurar que se respeta el límite temporal máximo (que, según se propone en esta tesis, sería de dos años).

La exigencia de este certificado e informe en cada contratación, nombramiento o prórroga no debe entenderse que constituya una excesiva burocracia que impediría el correcto funcionamiento de las Administraciones Públicas, ya que teniendo todos los datos de contratación y nombramientos en un programa informático, el certificado sería automático y el informe muy sencillo de elaborar, a la vista de dicho certificado.

Asimismo, en el caso de los contratos administrativos, la ley debe establecer la obligación de la autoridad contratante de emitir una declaración escrita, antes de proceder a la contratación, en la que se indique qué tareas exactas tiene por objeto el contrato, y que las mismas no se prestan con las características de ajeneidad y dependencia propias del Derecho Laboral ni están reservadas al personal funcionario, así como prohibir la celebración del contrato administrativo y declararlo nulo si no consta esta declaración.

B) Es preciso atribuir una efectiva función de control a las Intervenciones u órganos de fiscalización de las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público. Así, debe establecerse expresamente por la ley el sometimiento a fiscalización previa de todos¹³²⁴ los nombramientos de personal funcionario interino y de las contrataciones laborales temporales y de sus prórrogas, de manera que se proceda a fiscalizar en disconformidad con efectos suspensivos las nóminas de dicho personal que no cuenten con el certificado y el informe a que se ha hecho referencia o cuyo nombramiento o contratación no respete las reglas sustantivas, incluyendo el porcentaje máximo de efectivos temporales. El órgano gestor (que es el que ha decidido la contratación o nombramiento) quedaría entonces paralizado y no podría consolidar la irregularidad, si la fiscalización tiene carácter previo y efectos suspensivos.

¹³²⁴ Prohibiendo que los órganos de Intervención utilicen técnicas de muestreo para efectuar el control.

La ley también debe establecer expresamente, respecto de los contratos administrativos con personas físicas, que por el órgano de Intervención no se fiscalizarán con conformidad los correspondientes documentos contables de gasto sin la existencia de la citada declaración.

Sólo con esta actuación contundente por parte de los órganos de Intervención, integrados por funcionarios que, como tales, responden de la aplicación de las normas jurídicas, y que ejercen control preventivo de legalidad sobre los órganos gestores, es posible contribuir de manera más eficaz al cumplimiento de las normas sustantivas sobre empleo público temporal.

C) La ley debe regular la utilización por todas las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público de un programa informático de gestión y control relativo a la elaboración de la RPT, plantilla presupuestaria y OEP, que además controle la forma en que se cubren las distintas plazas dotadas presupuestariamente. Y debe establecer que dicho programa informático suministrará de forma automática la información que se indica a continuación, que permitirá a los órganos gestores y a los órganos de Intervención tener conocimiento en todo momento de la manera en que están siendo cubiertos los puestos de la RPT, y también saber si se incumplen las normas sobre la inclusión de puestos de trabajo en la OEP y amortización. Asimismo, dicho programa informático controlará los nombramientos y contratos de empleados públicos temporales que no ocupan plazas de la RPT.

Como mínimo, dicho programa informático debe recoger y suministrar la siguiente información:

- La relación de puestos de trabajo.
- Los puestos dotados y desdotados presupuestariamente en dicha RPT.
- El tipo de personal que cubre en cada momento cada puesto de trabajo.
- Respecto de las interinidades funcionariales por vacante y de los contratos laborales de interinidad por vacante:
 - Si se incluyen en la OEP o en los procesos de provisión interna las plazas vacantes ocupadas por este personal interino (excepto en los casos de sustitución del titular de la plaza).
 - Si se produce el cese de este personal interino en la fecha en que el funcionario de carrera o laboral fijo tome posesión de la plaza, y, en todo caso, en el plazo de dos años que se propone en esta tesis.
 - La duración acumulada de los nombramientos de personal funcionario interino o laboral temporal sobre una misma plaza, a los efectos de computar el plazo máximo de dos años propuesto en esta tesis para que una plaza esté ocupada por personal interino.
- Listado de personal funcionario interino y laboral temporal contratado que no ocupe puestos de trabajo de la RPT, con indicación de qué tipo de

nombramiento o contrato se trata (por sustitución, por eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato, y su duración máxima. También se indicará aquellos contratos o nombramientos que se han excedido en su duración u otras circunstancias, según las alertas del programa informático (por ejemplo, si un contrato laboral para ejecución de un programa temporal ha superado el límite temporal máximo). Por tanto, el programa informático indicará si se produce el cese de los funcionarios interinos y laborales temporales en la fecha que legalmente corresponda (por ejemplo, 6 meses en el caso de interinidad funcional por exceso o acumulación de tareas).

- Sentencias judiciales que reconozcan la condición de personal laboral indefinido no fijo, e indicación de si la plaza ocupada por este personal ha sido amortizada o está en trámite de ser cubierta por el correspondiente procedimiento de cobertura (indicando los datos de dicho procedimiento de cobertura).

- Los nombramientos de personal eventual. Además, un listado de personal eventual de cada Administración Pública, con identidad y retribuciones individuales.

- Los contratos de servicios menores y negociados celebrados con personas físicas, con indicación de la identidad del contratista y de las funciones exactas que comprenden.¹³²⁵ Al respecto, debe indicarse que el Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, aprobado en el Consejo de Ministros de 27 de julio de 2012 establece en su artículo 7 la obligación de hacer pública la información sobre los contratos administrativos formalizados, con indicación del objeto, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato. Recordando que la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, ya contiene normas sobre publicidad, FERNÁNDEZ RAMOS¹³²⁶ destaca que la novedad de la Ley sería extender el deber de publicidad a los contratos menores. Sin embargo, dicho Proyecto también dispone que “la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada”, lo cual parece significar que no se suministraría una información individualizada sobre cada contrato menor, y esto nos parece poco acorde con la transparencia y con la finalidad de control de los abusos en la contratación menor. Por su parte, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la

¹³²⁵ Así, puede apreciarse si la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate está celebrando contratos administrativos de servicios para funciones propias del personal laboral o funcionario, de manera que la ciudadanía puede conocer si se están produciendo casos de externalización fraudulenta y atacarlo por las vías procedimentales correspondientes.

¹³²⁶ FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno”, AA, nº. 12, 2012.

información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, señala que “la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente”, pero no establece que se pueda hacer de forma agregada.

- Qué porcentaje de los efectivos son personal eventual (de confianza o asesoramiento), funcionario interino y laboral temporal. En particular, respecto del personal eventual, junto al número máximo legal, indicar el número real de personal eventual existente en cada momento, comparándolo con el de los dos ejercicios anteriores.

Este sistema informático proporcionaría el certificado al que se hace referencia para poder realizar nombramientos y contrataciones temporales, y también remitiría alertas automáticas, tanto a los órganos gestores, como a los órganos de Intervención de la correspondiente Administración Pública o Entidad del Sector Público.

La ley debe establecer expresamente que, recibidas estas alertas, dichos órganos de Intervención formularán reparo suspensivo al pago de nóminas y recordarán al órgano gestor el deber de ajustarse a la norma infringida y, si procede, de cesar inmediatamente al personal afectado. (Lógicamente, la gestión de este sistema informático no puede quedar en manos de los órganos gestores, que son los controlados a través del mismo, sino que la ley debe establecer que el correcto funcionamiento y configuración del mismo sea supervisado por los órganos de Intervención).

D) El incumplimiento de las normas reguladoras de la RPT y la OEP, en aquellos casos en que implique una vulneración del derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad (artículos 14 y 23.2 CE), es objeto de control judicial, porque aunque la elaboración de aquellos instrumentos sea una potestad discrecional, la Administración Pública no queda exenta de cumplir dichas normas jurídicas y los órganos judiciales siempre pueden fiscalizar los elementos reglados de los actos discrecionales. En todo caso, para no quedar a expensas de la interpretación que se haga de la normativa procesal, la ley debe disponer expresamente que los ciudadanos (que ostenten el interés legítimo de concurrir a los procesos selectivos de acceso al empleo público) y demás legitimados están facultados para exigir judicialmente:

- La elaboración de la RPT.
- La inclusión de puestos de trabajo en la RPT.
- La inclusión de una plaza en la OEP.
- La aprobación y la publicación de la OEP anualmente.
- La convocatoria del proceso selectivo dentro del plazo legalmente establecido.

Además, para que las resoluciones judiciales que se dicten con ocasión del ejercicio de dichas acciones judiciales no queden en papel mojado, la ley también debe regular con detalle los mecanismos para ejecutar forzosamente las sentencias que no sean ejecutadas por las Administraciones o Entes demandados. Así, la ley debe establecer expresamente que:

- Si la Administración o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a elaborar la RPT o instrumento similar, lo hará un experto designado por el propio órgano judicial en el plazo de dos meses, facultado por el órgano judicial para recabar de la Administración o Ente condenado la información que a tales efectos precise.

- Si la Administración o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a incluir una determinada o varias determinadas plazas en la OEP, el órgano judicial podrá ordenar la publicación en el correspondiente boletín oficial de la inclusión en la OEP de dicha plaza o plazas.

- Si la Administración o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a aprobar y a publicar en un determinado ejercicio la OEP, el órgano judicial lo hará en su lugar, a cuyo efecto designará a un experto para que elabore dicha OEP, facultándole para recabar de la Administración o Ente condenado la información que a tales efectos precise.

- Si la Administración o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a convocar un proceso selectivo, el órgano judicial nombrará un experto que elabore la convocatoria, así como las bases reguladoras del proceso selectivo (si las mismas no hubieran sido aprobadas por la Administración o Ente demandado en dicho plazo) con sometimiento a lo dispuesto en la normativa aplicable.

E) Tal y como se expone en el Capítulo 7 de esta tesis doctoral, uno de los mayores problemas relacionados con la no cobertura de los empleos públicos mediante los procedimientos legales establecidos (es decir, que los puestos que responden a necesidades estructurales están incluidos en la RPT y cubiertos en la forma legalmente establecida, así como que las OEP comprenden las plazas que la ley establece), es la falta de transparencia sobre la cobertura de dichos empleos. En la medida en que el ciudadano no es conocedor de esta información, no puede reclamar que se regularicen las RPT y se aprueben las OEP, ni que se convoquen y tramiten los correspondientes procedimientos selectivos para su cobertura. Asimismo, la Administración no sufre una adecuada presión social (a través del conocimiento público de su actuación) que la impulse a realizar dichas actuaciones. Por tanto, el campo para el fraude y el amiguismo está abonado.

El principio de transparencia administrativa implica que la ciudadanía debe disponer de la información sobre la relación de puestos de trabajo de todas las Administraciones Públicas y Entes del Sector Público, con indicación, además, de qué tipo de personal está cubriendo en la realidad cada puesto: si es un funcionario de carrera o interino, o personal laboral temporal, etc. Por tanto, no es

necesario publicar permanentemente la identidad de las personas que están ocupando los puestos de trabajo, pero sí qué tipo de personal está ocupando cada puesto en cada momento, cuáles son los límites temporales si se trata de empleos públicos temporales, y si se han superado esos límites. También debe darse publicidad a todos los nombramientos y contratos que no ocupan plazas de la RPT, indicando sus límites temporales y si éstos son superados. Esta información es precisamente la que suministrará el programa informático a que se ha hecho referencia. Solo así la opinión pública y los interesados en acceder a empleos públicos, podrán conocer en todo momento si se está respetando la normativa sobre cobertura de empleos públicos.

Además, la ley debe establecer expresamente que esta publicación, teniendo en cuenta el estado actual de la tecnología, se produzca a través de Internet, es decir, en la Web oficial de cada Administración Pública o Ente del Sector Público. Y, para que el acceso de la ciudadanía a dicha información sea real y efectivo, la ley debe prever también que el ciudadano que consulta esta información pueda solicitar el tratamiento de la misma, dando instrucciones a través de Internet para obtener esta información clasificada. En particular, que pueda solicitar (con suministro inmediato y automático de esta información por el programa informático) qué puestos vacantes de la RPT cubiertos por funcionarios interinos o por personal laboral interino no han sido incluidos en la OEP, así como (clasificado por categorías de tipos de interinidad y tipos de contratos laborales) qué nombramientos o contratos han excedido los límites temporales máximos.

Por otro lado, esta publicidad en Internet no debería hacerse en la página Web de cada Administración o Ente Público, sino en una página Web única y unificada radicada en la Web de la Administración General del Estado, donde figure, clasificada por Entes, la información relativa a empleo público de cada uno de ellos.¹³²⁷ En este sentido, el programa informático que articule esta información y su difusión a través de Internet debe ser único, estandarizado, para su fácil manejo por el ciudadano.

Lo aquí propuesto se entiende sin perjuicio de lo que disponga la futura ley de transparencia que se apruebe por las Cortes Generales, y en el sentido de que, si dicha ley de transparencia no recogiera estas medidas, deberían ser incluidas en la legislación básica de empleo público.

Sin perjuicio de lo expuesto, también se ha considerado la ley debe ordenar la publicación en el correspondiente Boletín Oficial no solamente de los nombramientos de personal funcionario de carrera y de personal laboral fijo, sino también de todos los nombramientos de personal funcionario interino y todas las contrataciones de personal laboral temporal.¹³²⁸ Entiendo que esta medida podría

¹³²⁷ Como mínimo, esto es imprescindible respecto de la información relativa a los más de 8.000 Entidades Locales existentes en España.

¹³²⁸ VILLANUEVA PUERTOLLANO ha propuesto la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de las contrataciones laborales temporales o nombramientos interinos que

sustituirse por la publicación de dicha información en la Web de Internet a que se hace referencia en el apartado anterior.

El cumplimiento de estas normas sobre difusión de oficio de información por las Administraciones y Entes del Sector Público afectados debe contar con importantes mecanismos que aseguren su cumplimiento, siendo así necesario que:

- La ley disponga expresamente que, una vez realizado el nombramiento de funcionario interino, el contrato laboral temporal, o la prórroga de éste, se requerirá certificado emitido automáticamente por el sistema informático sobre la circunstancia de haberse publicado en Internet, para poder efectuarse el pago de la nómina, circunstancia que será fiscalizada por los órganos de la Intervención. También deberá requerirse el citado certificado automático sobre la publicación en Internet de los contratos administrativos de servicios celebrados con personas físicas, para que por el órgano de Intervención se puedan fiscalizar con conformidad los correspondientes documentos contables de gasto o de proposición del pago.

- La ley establezca que el sistema informático de gestión de nóminas alerte tanto al órgano gestor como al órgano de Intervención, de aquel personal incluido en la nómina respecto del cual no se haya efectuado la publicación en Internet. (Por ejemplo, si una persona ha suscrito un contrato laboral temporal para ejecutar un programa temporal, o ha sido nombrada funcionaria interina para cubrir una plaza vacante y ello no se ha publicado en la Web oficial).

- La ley establezca sanciones disciplinarias para el titular del órgano responsable de efectuar la publicidad de oficio a que se ha hecho referencia, si no se efectúa ésta, o sanciones administrativas si se trata de autoridades que no tengan la condición de personal laboral o funcionario.

F) También son necesarias las siguientes reglas disuasorias de los incumplimientos:

- La normativa disciplinaria debe tipificar como infracciones graves las siguientes:

- La realización de contrataciones laborales irregulares o el nombramiento de personal funcionario interino en contra del informe a que se ha hecho referencia o sin la previa emisión de dicho informe o del mencionado certificado.

- La celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario, una vez que así se declare por resolución administrativa o judicial firme.

- La autorización para el pago de la nómina del personal cuyo nombramiento o contratación no se haya publicado en la Web oficial de la Administración Pública o Ente del sector público de que se trate.

realicen las Entidades Locales (VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones...*, op.cit., pg. 520 y ss.).

- Si la ley establece una indemnización cuando la relación del trabajador indefinido no fijo se extinga por la cobertura o amortización del puesto que ocupa, la ley debe establecer que la Administración o Ente que satisfaga dicha indemnización, deberá exigir el importe de la misma a la persona titular de la función o cargo que provocó la irregularidad que ha dado lugar a la declaración del trabajador como indefinido no fijo. Es cierto que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común regula el deber (que no sólo potestad) de la Administración para resarcirse de los daños causados por autoridades o empleados públicos negligentes, pero en la práctica no parece haberse llegado a aplicaciones tan concretas. Además, esta indemnización podría considerarse no como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino como un derecho laboral del trabajador, por lo que surgiría la duda de si procede aplicar aquella previsión de la Ley 30/1992 sobre responsabilidad patrimonial. Además, las disposiciones de dicha ley sobre repetición contra el personal responsable no son aplicables a las sociedades y fundaciones del Sector Público, que son Entes privados.

Por tanto, debe establecerse legalmente y de modo expreso la obligación de la autoridad o cargo de que se trate de asumir personalmente el pago de la indemnización devengada y el deber de la Administración o Entidad perjudicada de exigirle dicho pago (por vía de repetición) tras haberlo efectuado.

Ahora bien, la indemnización abonada no será objeto de repetición en el caso de encadenamiento de contratos laborales del artículo 15.5 ET, si tal encadenamiento se debe a que el trabajador obtuvo diversos contratos laborales temporales siempre en virtud del funcionamiento correcto de las bolsas de empleo, pues en estos casos, al tratarse del correcto funcionamiento de dichas bolsas, no cabe imputar negligencia o dolo a ninguna autoridad o empleado público.

- Como medida disuasoria, además, la ley debe establecer que se publique en Internet el importe de cada indemnización que se tenga que satisfacer por esta causa, en un apartado donde figuren todas las indemnizaciones por este concepto, para que el ciudadano, en aplicación del principio de transparencia, conozca el montante y número de tales indemnizaciones y pueda valorar la gestión pública en materia de personal y su coste económico para las arcas públicas. También deberá publicarse si se ha iniciado el procedimiento de repetición de la indemnización contra la autoridad o empleado público responsable de las irregularidades que dieron lugar a la indemnización, y la resolución final que se dicte en dicho procedimiento.

G) La ley también debe establecer la inclusión de las siguientes cláusulas en los nombramientos de funcionario interino, contratos laborales temporal y contratos administrativos (indicando que la omisión de estas cláusulas no impedirá la aplicación del régimen jurídico correspondiente):

- Que se incluya expresamente en los contratos laborales temporales escritos una cláusula donde se indique expresamente que la concurrencia de las circunstancias en que la legislación laboral atribuye al trabajador la condición de fijo, no dará lugar a su consolidación como trabajador fijo, sino que el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios según la normativa aplicable.¹³²⁹

- Que en los contratos laborales temporales y en los nombramientos de funcionarios interinos figure expresamente una cláusula que aclare que la relación temporal suscrita no atribuye ningún derecho o expectativa a consolidar el empleo sin la superación de los correspondientes procesos selectivos regidos por los principios de publicidad, libre concurrencia, mérito y capacidad.

- Que en el documento en que se formalice cada contrato administrativo se incluya la previsión legal de que será nulo si se celebra encubriendo una relación laboral o teniendo por objeto funciones reservadas al personal funcionario, añadiendo expresamente que en tal caso el trabajador no podrá consolidarse como personal laboral de la Administración Pública o Entidad del Sector Público contratante.

¹³²⁹ Tal y como dispone la Disposición Adicional Decimoquinta ET.

CAPÍTULO 7

Garantías en la tramitación de los procesos selectivos

SUMARIO:

1.- LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

1.1.- La transparencia administrativa

1.1.1.- Concepto y significado de la transparencia administrativa

1.1.2.- El acceso de los ciudadanos a la información y documentación administrativa

1.1.3.- La publicidad como difusión de oficio de la información administrativa

1.1.4.- Internet y transparencia administrativa

1.1.5.- La transparencia y la legislación sobre protección de datos de carácter personal

1.2.- La transparencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público

1.2.1.- La difusión de oficio de la información administrativa sobre acceso al empleo público

1.2.2.- Las bases reguladoras y la convocatoria de los procesos selectivos

1.2.3.- El acceso de los interesados al expediente administrativo del procedimiento selectivo

1.2.4. El uso preceptivo de Internet en los procesos selectivos

1.2.5.- La motivación de los actos administrativos del procedimiento selectivo

2.- LOS PLAZOS DE TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

2.1.- Introducción

2.2.- Plazo para iniciar los procesos selectivos

2.3.- Duración de los procesos selectivos

3.- MECANISMOS PARA EVITAR FILTRACIONES

4.- OTRAS GARANTÍAS DE OBJETIVIDAD

4.1.- El anonimato en el examen escrito

4.2.- La publicidad en los exámenes orales y su constancia en documento audiovisual

4.3.- Temas de examen extraídos por azar

4.4.- El establecimiento de criterios *ex ante* y con publicidad

4.5.- El establecimiento de notas de corte

4.6.- La colaboración sindical en los procedimientos selectivos

4.7.- Órganos de Inspección sobre el acceso a los empleos públicos

5.- LA NO SIMULTANEIDAD DE PROCESOS SELECTIVOS

6.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

1.- LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

1.1.- La transparencia administrativa

1.1.1.- Concepto y significado de la transparencia administrativa

La transparencia es un mecanismo esencial para asegurar el Estado democrático y de Derecho y, por tanto, es esencial en el ámbito de los procesos de selección para el acceso al empleo público, encontrando reconocimiento expreso en nuestro Ordenamiento Jurídico como uno de los principios de actuación administrativa. Así, el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 establece que *“en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación”*.

Asimismo, el EBEP contiene varias referencias expresas a la transparencia, en sus artículos 1.3, 20.2, 55.2, 33 y 52. En cuanto a la Constitución, no menciona expresamente la transparencia, pero sí establece en su artículo 105 que *“la ley regulará: (...) b) el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”*. En todo caso, la transparencia es consecuencia del principio general de legalidad (artículo 103.1 CE) y del sometimiento de la Administración Pública a los fines que la justifican (artículo 106 CE).¹³³⁰

La transparencia administrativa puede definirse como la cualidad de permitir el conocimiento de la actividad administrativa por la ciudadanía¹³³¹, siendo un movimiento de apertura de la Administración Pública hacia el exterior que la convierte en una “casa de cristal”.¹³³² En este sentido, se define como “el grado de

¹³³⁰ BLASCO DÍAZ, J.L., El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 134. También se refiere MESTRE DELGADO al reconocimiento del principio de transparencia en el ámbito local, en relación con el artículo 69.1 LBRL. (MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 50).

¹³³¹ La información debe ser ofrecida de forma clara y ordenada para que haya verdadera transparencia. (Ver MALARET GARCÍA, E., “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento”, *RCDP*, nº. 35, 2007, y SAINZ MORENO, F., “Secreto y Transparencia”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dir. SAINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2004). Sobre el secreto en la burocracia administrativa, ver en detalle CERRILLO MARTÍNEZ, A., “E-información: hacia una nueva regulación del acceso a la información”, *RIDP*, nº. 1, 2005, y CASTELLS ARTECHE, J.M., “El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública”, *RAP*, nº. 103, 1984.

¹³³² DEBBASH, C., “Introduction”, en *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de Recherche Scientifique, París, 1990, pg. 11 y ss.

publicidad y de apertura de los procesos estatales, en la toma de decisión, y de la publicidad en cuanto a los actores que han participado en ellos y en cuanto a los criterios y argumentos utilizados¹³³³, estando la transparencia favorecida por las nuevas tecnologías de la información (Internet y Administración electrónica).¹³³⁴

La transparencia en la actuación estatal es un barómetro de la realización del Estado democrático y de Derecho.¹³³⁵ Así, en la democracia, la transparencia de la actuación administrativa es imprescindible para que los ciudadanos formen su opinión y su voluntad libremente¹³³⁶, y más aún en el caso de una democracia verdaderamente participativa¹³³⁷ y cuando existe discrecionalidad administrativa.¹³³⁸

Actualmente, la legitimación democrática procedimental de la Administración Pública se sitúa en la transparencia y la publicidad, más allá de la legitimación democrática emanada de las elecciones al Parlamento.¹³³⁹ En cuanto al Estado de Derecho, la transparencia es imprescindible para lograr el sometimiento de los poderes públicos al Derecho y el respeto a los derechos

¹³³³ SOMMERMANN, K-P., "La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 11.

¹³³⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios público", Dykinson, Madrid, 2011, pg. 123.

¹³³⁵ SOMMERMANN, K-P., "La exigencia...", op.cit., pg. 11, y LASAGABASTER HERRARTE, I., "Notas sobre el Derecho Administrativo de la información", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 104.

¹³³⁶ Sobre la consideración de la transparencia administrativa como pieza esencial del sistema democrático, ver DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 26.

¹³³⁷ Ver, entre otros, BLASCO DÍAZ, J.L., "El sentido de la transparencia administrativa...", op.cit., pg. 126, y BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 52.

¹³³⁸ BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Procedimientos administrativos...", op.cit., pg. 62.

Según PIÑAR MAÑAS, la transparencia implica tres elementos: el proceso de elaboración de las decisiones por los Entes públicos ha de ser abierto y participativo; las decisiones deben ser motivadas y razonables; la información que sirve de base para la adopción de decisiones debe ser, en la medida de lo posible, accesible al público. (PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 83).

¹³³⁹ GARCÍA MACHO, R., "El derecho a la información, a la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 34 y ss.

fundamentales,¹³⁴⁰ porque facilita el control social de la actividad pública.¹³⁴¹ Como señaló BOBBIO¹³⁴², la democracia es “el gobierno del poder público en público”.

De hecho, especialmente en los sistemas anglosajones, la transparencia está ligada al concepto de responsabilidad y rendición de cuentas.¹³⁴³ Así, sirve para evitar la corrupción y, como decía el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Luis B. Brandeis decía “*sunlight is said to be the best of disinfectants*”.¹³⁴⁴ Ya la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 dispuso en su artículo 15 que “*la sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público*”.¹³⁴⁵ Y, como consecuencia de todo ello, la transparencia es garantía de la racionalidad del actuar administrativo¹³⁴⁶, ganando el Estado en legitimación.¹³⁴⁷ Además, el control clásico de la actividad de los poderes públicos no se ha sustentado en la transparencia general hacia la ciudadanía, sino en el control del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo (a través de la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas¹³⁴⁸), pero actualmente, la realidad

¹³⁴⁰ SOMMERMANN, K-P., “La exigencia...”, op.cit., pg. 21.

¹³⁴¹ Como indica MILESKI, el control social es complementario al control institucional. (MILESKI, H.S., *Transformaciones del Estado y las nuevas exigencias del control de la corrupción: transparencia fiscal, control administrativo y control social*, Universidad de Salamanca, Tesis doctoral, pg. 391).

¹³⁴² BOBBIO, N., “La democracia y el poder invisible”, en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985, pg. 108 y ss.

¹³⁴³ BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa...”, op.cit., pg. 126.

¹³⁴⁴ Ver en esta misma línea COLOMBO, G., *Sulle Regole*, Milano, Feltrinelli, 2008, traducido por PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 82.

¹³⁴⁵ Sobre la cada vez mayor importancia del control social de la Administración Pública puede verse también COTINO HUESO, L., *Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*, Trabajo de investigación, 2º premio en el III Premio Marcelo Martínez Alcubilla, 2003, convocado por el INAP, y DROMI, R., *Modernización del Control Público*, Hispania Libros, Madrid, 2005.

La transparencia, al proyectar luz sobre la actuación administrativa, es “la mejor aliada de la legalidad y, por ende, del correcto actuar”. (MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., en el Prólogo a RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Zaragoza, 2008, pg. 20).

¹³⁴⁶ BARNÉS VÁZQUEZ, J., “Procedimientos administrativos...”, op.cit., pg. 52.

¹³⁴⁷ SOMMERMANN, K-P., “La exigencia...”, op.cit., pg. 11 y ss.

¹³⁴⁸ Sobre el Tribunal de cuentas puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El Tribunal de cuentas: el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001, “El control económico-administrativo del estado: El tribunal de Cuentas”, *RDP*, nº. 41, 1996, y “Algunas reflexiones sobre la naturaleza constitucional del Tribunal de Cuentas”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997, pg. 1 y ss.

social demanda un aumento del control a través de la transparencia administrativa.¹³⁴⁹

En cuanto al contenido de la transparencia administrativa, no se trata de un sólo instituto, sino un conjunto de institutos y normas que perfilan, en su conjunto, “un modo de ser de la Administración” que abarca varios instrumentos¹³⁵⁰, teniendo un “carácter poliédrico”.¹³⁵¹

Algunos mecanismos de transparencia son ya tradicionales en el sistema administrativo (como los derechos reconocidos a los interesados en el procedimiento), pero existen otros mecanismos más modernos sin los que no puede hablarse verdaderamente de transparencia. Se trata del acceso de la ciudadanía a la información y documentación administrativa sin necesidad de acreditar un interés legítimo (por tanto, más allá del acceso de los interesados al procedimiento administrativo)¹³⁵², y la difusión activa por la Administración de la información a la ciudadanía.

Estos dos elementos de la transparencia no tienen un claro reconocimiento legal en España, que es uno de los pocos Estados occidentales que carece de una Ley de transparencia, disponiendo solamente del reconocimiento constitucional en el artículo 105.c), el artículo 37 de la Ley 30/1992 (muy deficiente) y algunas previsiones en la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico, y en algunas leyes especiales, como las Leyes 27/2006 y 37/2007.¹³⁵³ Actualmente se encuentra en fase de aprobación en el Senado la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

¹³⁴⁹ PALOMAR OLMEDA, A., “El lindero entre la transparencia y la protección de datos personales en la actividad administrativa”, *Datospersonales.org, la Revista de la APDCM*, nº. 56, abril 2012.

¹³⁵⁰ ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia”, en *RVAP*, nº. 37, 1994, pg. 9 y ss.

¹³⁵¹ BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa...”, op.cit., pg. 127.

¹³⁵² Como indica GUICHOT REINA, existe una tendencia a no exigir la acreditación ni indicación de interés alguno, concibiendo el derecho de acceso a la información como un medio para fomentar la participación ciudadana y el control del poder público, y no como instrumento para la tutela de derechos o intereses individuales. (GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus protección de datos*, www.aepda.es/AEPDA Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparen cia.aspx, pg. 20).

¹³⁵³ Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, y Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público.

1.1.2.- El acceso de los ciudadanos a la información y documentación administrativa¹³⁵⁴

En cuanto al derecho acceso por los ciudadanos a la información y documentación administrativa¹³⁵⁵, está reconocido en el artículo 105.c) CE, que establece que *“la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de la persona”*. El hecho de que dicho derecho no aparezca reconocido en la Sección de la Constitución destinada a los derechos fundamentales (1ª del Capítulo II del Título I), ha suscitado la cuestión de si se trata o no de un derecho fundamental. También la expresión *“la ley regulará”* ha planteado la duda acerca de la eficacia directa o no de dicho derecho sin el previo desarrollo por ley.

Al respecto, ha sido considerado por parte de la doctrina como un derecho subjetivo de configuración legal, de modo que *“sólo se configura como tal derecho cuando haya aparecido la Ley prevista en la propia Constitución”*¹³⁵⁶, y que no sería un derecho fundamental, debido a su situación fuera de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución.¹³⁵⁷ Otra parte de la doctrina ha seguido la

¹³⁵⁴ El libre acceso a la información administrativa tiene larga tradición en los países escandinavos (se viene citando como primer antecedente de la transparencia a la *Freedom of the Press Act* de Suecia de 1766) y también en Estados Unidos (que se dotó de la *Freedom of Information Act* en 1966). La apertura de las Administraciones de los Estados europeos se produce de manera generalizada en los años noventa. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008 sobre Acceso a los Documentos Públicos (abierto a la firma de los Estados el 18 de junio de 2009, y aún no ratificado por España). parte de la regla general de acceso a la información y reconoce *“el derecho de cualquiera, sin discriminación de ningún tipo a acceder, bajo petición, a los documentos públicos en posesión de las autoridades públicas”*, y que *“el solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial”*.

También la Unión Europea ha regulado el acceso de los ciudadanos a la información de las Administraciones de los Estados Miembros en ámbitos concretos, como el medioambiental, y ha potenciado el principio de transparencia de sus propias Instituciones, estableciéndose en el Tratado de la Unión Europea que *“todo ciudadano de la Unión, así como toda persona física o jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, tendrá derecho a acceder a los documentos de las instituciones, órganos y organismos de la Unión, cualquiera que sea su soporte, con arreglo a los principios y las condiciones que se establecerán de conformidad con el presente apartado”*. A tal efecto se dictó el Reglamento (CE) nº. 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, que con carácter general no exige acreditar interés legítimo ni directo para acceder a la información.

¹³⁵⁵ Debe aclararse que es un derecho distinto del derecho acceso de los interesados al procedimiento administrativo durante la tramitación del mismo.

¹³⁵⁶ ÁLVAREZ RICO, M., “El derecho de acceso a los documentos administrativos”, *DA*, nº. 183, 1979, pg. 101 y ss.

¹³⁵⁷ EMBID IRUJO, A., “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa”, en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993. Ver también POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de*

tesis de SAINZ MORENO, según la cual el derecho de acceso es un derecho instrumental de otros derechos fundamentales, como el de información del artículo 20.1.d) CE y el de participación del artículo 23 CE, por lo que también tiene naturaleza fundamental, así como inmediata aplicación directa.¹³⁵⁸ Y la expresión “la ley regulará” significaría que sólo la ley y no el reglamento, regularía este derecho.¹³⁵⁹ Se ha destacado también la posibilidad de reconocerlo como derecho fundamental por la vía de interpretación conforme a los Tratados Internacionales establecida en el artículo 10.2 CE, así como por la integración de éstos en nuestro Derecho, según el artículo 96 CE.¹³⁶⁰

acceso a archivos y registros administrativos, INAP, 1989, y CHINCHILLA MARÍN, C., *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988. El legislador orgánico tampoco ha dejado clara la cuestión.

¹³⁵⁸ En este sentido, ver SAINZ MORENO, F., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)”, *REDA*, nº. 24, 1980, pg. 118 y ss., MUÑOZ MACHADO, S., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos”, en el *Seminario sobre relaciones administración-ciudadano: información, documentación y libertades públicas, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva*, 1980, TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia administrativa y protección de datos personales”, en AA.VV., *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pg. 36, BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa...”, op.cit., pg. 131, GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información...”, op.cit., pg. 43, MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 62 y ss., BERMEJO VERA, J., “El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español”, *REDA*, nº. 57, 1988, CORDERO SAAVEDRA, L., “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos y su tutela administrativa y jurisdiccional”, *Diario La Ley*, 24 de noviembre de 1995, LUCAS DURÁN, M., *El acceso a los Datos en poder de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pg. 44 y ss., y DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I., *Protección de datos...*, op.cit., pg. 503 y ss.

¹³⁵⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995, pg. 118.

¹³⁶⁰ SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., “Un derecho fundamental a acceder a la información pública”, en AA.VV., *El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*, Coord. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., Cersa, Madrid, 2008, pg. 36 y ss., ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, Tecnos, Madrid, 1992, pg. 249, GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011, pg. 58, y www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx, pg. 14, y JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su incidencia sobre las Entidades Locales. Un primer análisis”, *Revista CEMCI*, nº. 16, 2012.

En efecto, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce expresamente el derecho de acceso a la información pública, pero el TEDH lo ha considerado incluido dentro del artículo 10 de dicho Convenio, relativo a la libertad de expresión, que comprende la libertad de recibir y comunicar informaciones sin interferencias de la autoridad pública (asuntos *Társaság a Szabadságjogokért*, sentencia de 14 de abril de 2009, y *Kennedy*, sentencia de 16 de agosto de 2009). Además, existe el Convenio nº. 205 del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, abierto a la firma de los

En todo caso, el reconocimiento de la transparencia en el artículo 105. b) de la Constitución, dentro del Título IV, que trata del Gobierno y de la Administración, ha motivado también su consideración preferente como principio objetivo de la actuación administrativa y mecanismo de control de la misma. En esta línea RAMS RAMOS¹³⁶¹ entiende que el artículo 105 CE “es, principalmente, un precepto enunciador del principio de transparencia y del principio participativo”. Pero añade que “si bien el artículo 105.b) CE establece un derecho subjetivo que podría calificarse de derecho de configuración legal y, por tanto, con eficacia diferida hasta que tenga desarrollo legislativo propio, el precepto jurídico en sí es de aplicación directa e inmediata porque establece unos principios de actuación de las Administraciones Públicas que, como tales, no necesitan de desarrollo para ser inmediatamente aplicables”.

Por su parte, el Tribunal Supremo analizó tempranamente la cuestión, concluyendo en la sentencia de 16 de octubre de 1979 que debía posponerse el ejercicio de este derecho hasta que su desarrollo legal le otorgara eficacia jurídica directa como derecho subjetivo. Además, ha señalado que el derecho de acceso a la documentación administrativa no tiene la naturaleza de derecho fundamental, indicando en la sentencia de 30 de marzo de 1999 que el artículo 105.b) CE “remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental (...)”. En el ámbito internacional el derecho de acceso sí tiene reconocida la naturaleza de derecho fundamental (con la incidencia interpretativa que ello tiene de acuerdo con el artículo 10.2 CE). Así, en la declaración conjunta de la ONU, la OECE y la OEA, de 6 de diciembre de 2004, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (artículo 42).¹³⁶²

La cuestión tiene trascendencia práctica, porque, como indica PIÑAR MAÑAS, la protección de datos es un derecho fundamental, de manera que si la transparencia no tiene tal consideración, siempre cederá frente a la protección de

Estados el 18 de junio de 2009 (aunque aún no ha sido ratificado por España), que reconoce un derecho general de acceso a los documentos públicos. (Con más detalle, se analiza el Derecho comunitario y europeo en GUICHOT REINA, E., “El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública”, *RAP*, nº. 160, 2003, y *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado*, Derecho Global, Sevilla, 2010).

Por su parte, la Declaración Conjunta de 6 de diciembre de 2004 del Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión afirma que: “el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental”.

¹³⁶¹ RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 160 y ss., siguiendo a FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 210 y ss.

¹³⁶² Sobre la constitucionalización y fundamentalización del citado derecho, puede verse COTINO HUESO, L., “El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en AA.VV., *Libro homenaje a Íñigo Cavero Ltaillade*, Coord. PEÑA CONZÁLEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pg. 744 y ss.

datos.¹³⁶³ El legislador, en todo caso, no parece propenso a reconocer al derecho de acceso a la información de los poderes públicos como derecho fundamental, ya que actualmente está regulado en una ley ordinaria (la Ley 30/1992). Además, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, no reconoce expresamente a este derecho como derecho fundamental, y la misma no tiene carácter de ley orgánica.¹³⁶⁴

En cuanto se refiere a la regulación legal de este derecho, la misma se contiene actualmente en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que lo somete a varios requisitos: que el documento forme parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo; que el expediente corresponda a un procedimiento que esté terminado; no se permiten solicitudes genéricas (salvo en el ámbito investigador), sino que se exige individualizar el documento al que se pretende acceder; que se acredite un interés legítimo y directo si se trata de documentos nominativos; no cabe el acceso a datos de la intimidad de terceros, ni a expedientes sancionadores o disciplinarios.

Lo más relevante del artículo 37 es que exige en el solicitante de información que acredite un interés legítimo y directo si pretende acceder a “documentos de carácter nominativo”, lo cual supone una grave restricción al derecho de acceso¹³⁶⁵, que da lugar a que, finalmente, la excepción sea el acceso a la información, lo cual constituye un “vaciamiento del derecho (...) de constitucionalidad más que discutible”, por eliminar el contenido esencial del

¹³⁶³ http://www.cadenaser.com/espana/articulo/le-falta-ley-transparencia/csrgsrpor/20120327/csrgsrnac_15/Tes. Ver también PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, pg. 1026, y JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su incidencia sobre las Entidades Locales. Un primer análisis”, *Revista CEMCI*, nº. 16, 2012.

¹³⁶⁴ Se proponía que el Anteproyecto de Ley española de transparencia reconociera expresamente la naturaleza de derecho fundamental, en el Informe “Comentarios al Anteproyecto de Ley Española de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno”, encargado por la Oficina del Representante de la OSCE para la Libertad de los Medios de Comunicación.

¹³⁶⁵ El Reglamento CE nº. 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, no exige la acreditación de un interés legítimo ni directo, y tampoco lo hace el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008 sobre Acceso a los Documentos Públicos, que establece que “*el solicitante no podrá ser obligado a dar sus razones para tener acceso a un documento oficial*”.

También la Sentencia del TJCE de 8 de noviembre de 2007 señala que exigir al solicitante que justifique la necesidad de la transmisión de la información es contrario al Reglamento 1049/2001, que tiene como objetivo garantizar de la manera más completa posible el derecho de acceso del público a los documentos en poder de las Instituciones comunitarias.

derecho de acceso.¹³⁶⁶ Así, la exigencia de acreditar un interés directo sería inconstitucional por no figurar en el artículo 105 CE.¹³⁶⁷ Además, como señala GUICHOT REINA, la referencia al interés directo y legítimo yerra incluso en cuál es el interés a ponderar, que no debe ser el particular del concreto solicitante, sino el abstracto en la transparencia y publicidad como medio de conocimiento y control de la actuación pública, desvinculado del interés particular que pueda tener un solicitante determinado. Además el artículo 37 no aporta criterios de ponderación, no establece la prevalencia de la publicidad respecto de la información relevante para conocer la información sobre los bienes y los fondos públicos.¹³⁶⁸

Asimismo, dicho artículo 37 ha sido considerado incomprensible¹³⁶⁹, por referirse a conceptos no definidos legalmente o de difícil comprensión, lo cual acaba convirtiendo la transparencia en papel mojado.¹³⁷⁰ Así, el concepto de interés legítimo y directo es en ocasiones entendido de forma muy restrictiva, mientras que en otros casos se entiende que equivale al beneficio que se pretende obtener o el perjuicio que se pretende evitar y que afecta a la persona del solicitante.¹³⁷¹ Por ello, parte de la doctrina ha entendido que lo que se pretendía era excluir la petición de información en defensa de intereses difusos o a modo de acción popular.¹³⁷² Además, este requisito está alejado del contexto actual que en

¹³⁶⁶ POMED SÁNCHEZ, L.A., *El derecho de acceso...*, op.cit., y “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *RAP*, nº. 142, 1997, y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 105 y ss.

¹³⁶⁷ Así, VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público...*, op.cit., pg. 121, POMED SÁNCHEZ, L.A., “El acceso...”, op.cit., y *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995. pg. 119 y ss., FERNÁNDEZ RAMOS, S., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 105, y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público...*, op.cit., pg. 121.

En todo caso, como indica TRONCOSO REIGADA, la no exigencia de acreditar un interés legítimo es aplicable cuando el derecho de acceso no colisiona con otros derechos o bienes constituciones. Si colisiona, entonces es preciso realizar una ponderación, para lo cual es necesario que exista una motivación de la solicitud de acceso. (TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 909).

¹³⁶⁸ GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 73.

¹³⁶⁹ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Título IV de la Ley 30/1992”, en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, 1993, pg. 144, EMBID IRUJO, A., *El ciudadano y la Administración (los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, INAP, 1994, y MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 138.

¹³⁷⁰ ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I., “Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº. 135, 1994, pg. 488.

¹³⁷¹ En este sentido se pronuncia la STS de 6 de junio de 2005, que aclara que respecto de los documentos nominativos, no cabe alegar para acceder a ellos un interés genérico en la defensa de la legalidad.

¹³⁷² SÁNCHEZ MORÓN ha entendido que parece que la ley quería excluir del derecho de acceso a los portadores de intereses colectivos o difusos y, en especial (aparte de a los

el Derecho Comparado tiene el derecho de acceso a la información pública, archivos y registros.

Asimismo, la categoría de documentos nominativos tampoco está legalmente definida, habiendo señalado la doctrina que proviene de una incorrecta traslación del Derecho francés, ya que, mientras que en Francia la excepción al acceso sólo actúa solo si los datos conllevan una apreciación o juicio sobre la persona, algunos autores han entendido que documento nominativo es todo el que contiene la referencia a la identidad de una persona¹³⁷³. En definitiva, el texto de la Ley 30/1992 permite entender que serían nominativos los documentos que contienen referencias a sujetos determinados, lo cual nos lleva a que prácticamente todos los documentos de las Administraciones son nominativos.

Además, si los documentos contienen datos relativos a la intimidad, el artículo 37 mencionado impide el acceso de terceros a los mismos. Y el concepto de intimidad presenta una notable e inevitable imprecisión.¹³⁷⁴ Además, parte de la doctrina entiende que, al ser el derecho de intimidad un derecho fundamental, prevalece sobre el derecho de acceso del artículo 37 de la Ley 30/1992.¹³⁷⁵ Sobre los datos que afectan a la intimidad se ha pronunciado la STC 142/1993, que indica que “el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusista, como a la divulgación ilegítima de esos datos”, añadiendo que “los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito de espacio de intimidad personal y

profesionales de la información), a asociaciones. SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso...”, op.cit., pg. 39.

¹³⁷³ FERNÁNDEZ SALMERÓN define los documentos nominativos como aquéllos que contienen datos personales que permiten identificar a una persona pero que no afectan a su intimidad. (FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, op.cit., pg. 173).

Ver GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad de la Información Administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 97, POMED SÁNCHEZ, L.A., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *RAP*, nº. 142, 1997, FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 504, y RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 160 y ss.

En definitiva, la limitación en el acceso a los documentos nominativos parece, según PARADA VÁZQUEZ, servir al objetivo de evitar la transparencia de la actividad administrativa frente a los medios de comunicación. (PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento Administrativo común*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 165 y ss.).

¹³⁷⁴ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pg. 97. Sobre las distintas teorías que intentan determinar el contenido material del derecho a la intimidad, puede verse TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas tecnologías, intimidad y protección de datos: con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Edisofer, Madrid, 2001, pg. 62 y ss.

¹³⁷⁵ RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 160 y ss., siguiendo a FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 362.

familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada”.¹³⁷⁶

La clave está en la extensión o amplitud del concepto de intimidad. Al respecto, POMED SÁNCHEZ¹³⁷⁷ entiende que el derecho a la intimidad implica el “derecho a evitar que terceros no legitimados para ello puedan aprehender una imagen de nuestra propia persona que no deseamos transmitir”, tratándose de datos estadísticos, médicos y tributarios, quedando vedado¹³⁷⁸ “el acceso generalizado a determinados datos que obren en poder de la Administración y que hacen referencia a la vida privada de sus titulares”.

Por su parte, RAMS RAMOS¹³⁷⁹ concluye que, con base en la doctrina y jurisprudencia, se puede entender que los datos personales afectan a la intimidad cuando de ellos puede deducirse un perfil o imagen de la persona que no tiene por qué ser relevante a efectos de terceros. Así, puede entenderse el derecho a la intimidad como “derecho a evitar que terceros no legitimados para ello puedan aprehender una imagen de nuestra propia persona que no deseamos transmitir”.¹³⁸⁰

Parte de la doctrina equipara los datos relativos a la intimidad con la categoría de los datos especialmente protegidos regulada en el artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual, o relativos a la salud, o a la comisión de infracciones penales o administrativas)¹³⁸¹, pero el concepto de intimidad parece más amplio, pues existen otros datos íntimos, como son la filiación o fecha de nacimiento, por ejemplo.¹³⁸²

Además, la doctrina ha criticado que excepción al acceso a la información por causa de la protección de la intimidad es absoluta en la Ley 30/1992, a pesar de que en ocasiones puede haber un interés público superior en la transparencia

¹³⁷⁶ La intimidad estaría vinculada a los actos más reservados de la vida personal y familiar, y constituiría una facultad negativa consistente en excluir el conocimiento de terceros sobre estos aspectos. (Ver LOSANO, J.G., PÉREZ LUÑO, A.E., y GUERRERO MATEUS, M.F., *Libertad informática y leyes de protección de datos*, CEC, Madrid, 1989, pg. 117.

¹³⁷⁷ POMED SÁNCHEZ, L.A., “La intimidad de las personas como límite al acceso a la documentación”, en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje a Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 768.

¹³⁷⁸ POMED SÁNCHEZ, L.A., “La intimidad...”, op.cit., pg. 771.

¹³⁷⁹ RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 160 y ss., siguiendo a FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 362.

¹³⁸⁰ POMED SÁNCHEZ, A., “La intima...”, op.cit., 768.

¹³⁸¹ En este sentido, CASTILLO VÁZQUEZ, I., “Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal”, *Foro, Nueva época*, nº. 6/2007.

¹³⁸² GUICHOT REINA, E., *Datos personales y Administración Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pg. 166.

de actividades públicas relevantes¹³⁸³ Y tal excepción puede chocar con otros derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva u otros derechos (como el caso de urgente necesidad de acceso a datos clínicos par poder tratar médicamente a otra persona)¹³⁸⁴, siendo preciso realizar una interpretación sistemática de todos los derechos y valores constitucionales en juego.¹³⁸⁵

El artículo 37 de la Ley 30/1992 exige también que se trate de documentos que “*figuren en los procedimientos de aplicación del derecho*”, pero en todos los procedimientos administrativos se lleva a cabo la aplicación de normas jurídicas.¹³⁸⁶ Y también exige que se trate de procedimientos administrativos “*terminados*”, concepto que resulta de dudosa interpretación en algunos casos.¹³⁸⁷ Y este requisito sería inconstitucional por no figurar en el artículo 105 CE.¹³⁸⁸

Asimismo, el mencionado artículo establece que el derecho de acceso “*podrá ser denegado cuando prevalezcan razones de interés público, por intereses de terceros más dignos de protección (...), debiendo, en estos casos, el órgano competente dictar resolución motivada*”. Esta previsión a juicio de TRONCOSO REIGADA es incompatible con la STC 292/2000, porque atribuye a la Administración un amplio margen de discrecionalidad para denegar el acceso.¹³⁸⁹ La citada Sentencia 292/2000 declaró inconstitucional la excepción al derecho de acceso a los propios datos personales en el antiguo artículo 24.2 de la LOPD, cuya redacción era muy similar,¹³⁹⁰ por entender que generaba indeterminación en

¹³⁸³ GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 40.

¹³⁸⁴ Aunque en estos casos, según GUICHOT, puede entenderse que no se ejerce el derecho de acceso del artículo 37, pues no se solicita información con finalidad de transparencia, sino que se trataría de petición de información con base en leyes procesales, sanitarias y por la propia LOPD. (GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 72).

Por ello, se ha planteado que la ley podría establecer una ponderación de intereses, de modo que, para que prevalezca sobre el derecho de acceso a la documentación administrativa, deberá realizarse un juicio de proporcionalidad entre ambos derechos, tomando en cuenta el equilibrio entre el sacrificio del derecho limitado y la ventaja que se obtiene con el mismo. (DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I., *Protección de datos...*, op.cit., pg. 500, y GUICHOT REINA, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, *RAAP*, nº. 173, 2007, pg. 442, de *lege ferenda*).

¹³⁸⁵ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, op.cit., pg. 179.

¹³⁸⁶ SANTAMARÍA PASTOR, en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, 1993, pg. 1 y ss.

¹³⁸⁷ RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso...*, op.cit., pg. 423 y ss.

¹³⁸⁸ PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992)*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 10 y ss.

¹³⁸⁹ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 714.

¹³⁹⁰ Dicho artículo establecía la excepción del derecho de acceso a los propios datos personales cuando “*ponderados los intereses en presencia, resultase que los derechos que dichos preceptos conceden al afectado hubieran de ceder ante razones de interés público o ante intereses de terceros más dignos de protección*”.

cuales eran los casos en que podía limitarse el derecho fundamental a la protección de datos, dejando al libre albedrío de la Administración Pública la apreciación de cuáles eran los intereses que podían justificar dicha limitación, y quedando lesionada, por tanto la reserva de ley en la regulación del contenido del derecho fundamental. Añadió también que estas limitaciones no parecían estar justificadas en la protección de otros derechos o bienes constitucionales, por lo que no respetaban el principio de proporcionalidad.

Además, el citado artículo 37 exige individualizar los documentos a los que se solicita acceso. Esta exigencia ha sido considerada por la doctrina excesiva, porque muchas veces el solicitante carece de elementos para identificar por adelantado el documento que le interesa conocer, sino que precisamente necesitará consultar uno o varios expedientes concretos, en su totalidad o en parte.¹³⁹¹ También se ha destacado la falta de procedimientos ágiles para impugnar la negativa de las Administraciones Públicas a suministrar información.¹³⁹²

Por todo lo expuesto, la doctrina considera que el artículo 37 de la Ley 30/1992 debería ser reformado en profundidad, no solo desde la perspectiva del 105.b) CE, sino también teniendo en cuenta los artículos 20.1.d) y 23.2 CE.¹³⁹³ El Estado español es uno de los pocos Estados del ámbito occidental que no cuenta con una ley específica en materia de acceso a la información que parta del principio general de acceso sin necesidad de acreditar un interés legítimo. Y, a este respecto, se viene entendiendo que “la ausencia de una regulación completa que legisle el procedimiento de acceso a la información pública, las excepciones y los mecanismos para la protección de este derecho, y un plazo de respuesta que no le reste eficacia (...) es una carencia que debe ser subsanada

¹³⁹¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso...”, op.cit., pg. 40. Ver también GARCÍA URETA, A., *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: el contexto comunitario y estatal*, IVAP, Bilbao, 1994.

¹³⁹² A diferencia de otros Estados, en los que se regulan recursos ante órganos relativamente independientes, con breve plazo de resolución, en España sólo disponemos del recurso administrativo y del recurso contencioso-administrativo conforme a las reglas generales, lo cual no garantiza suficientemente la transparencia, por su lentitud y coste económico. (Entre otros, ver FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 105, 2002).

Por su parte, la Directiva 2003/4/CE, relativa al acceso del público a la información medioambiental, establece que los “procedimientos serán rápidos y gratuitos o poco costosos”. Sobre propuestas para un procedimiento ágil y poco costoso, y sobre las garantías adicionales, especialmente Administraciones independientes, puede verse en detalle GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 41 y ss.

¹³⁹³ GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información...”, op.cit. Ver también COTINO HUESO, L., “Capítulo Segundo. Derechos del ciudadano”, en AA.VV., *La ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Coord. GAMERO CASADO, E., y VALERO TORRIJOS, J., Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 176.

necesariamente”.¹³⁹⁴ Esta carencia se agrava si tenemos en cuenta la habitual resistencia de nuestras Administraciones Públicas a facilitar el acceso a quien lo solicita y difundir información de forma clara¹³⁹⁵, que se ve favorecida por la falta de claridad de la legislación sobre transparencia y sobre protección de datos personales.¹³⁹⁶ Como indica el Sindic de Greuges¹³⁹⁷, el artículo 37 de la Ley 30/1992 es “una regulación incompleta y que no garantiza en absoluto el derecho de acceso a la documentación pública en una dimensión equiparable a los países de nuestro entorno y a los parámetros del Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009 (...).¹³⁹⁸

Además, la ley debe regular técnicas y procedimientos para facilitar el acceso y difusión de la información administrativa, incluyendo garantías jurídicas de cumplimiento, de tal forma que el incumplimiento de las previsiones legales produzcan las debidas consecuencias jurídicas, las cuales constituyan un elemento disuasorio del incumplimiento, pues en caso contrario, el derecho de acceso sería meramente ilusorio.¹³⁹⁹ En este sentido, ya SÁNCHEZ MORÓN ha señalado que si la información solicitada es incómoda para la Administración, ésta se limitará a no contestar, y si el solicitante acude a los tribunales, la sentencia favorable se obtendrá tarde.¹⁴⁰⁰

En último lugar, debe hacerse referencia al texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, que reconoce la insuficiencia del artículo 37 de la Ley 30/1992, y que dispone que “*todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105 b) de la Constitución Española y en esta Ley*”, y define la información pública como “*los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte que obren en*

¹³⁹⁴ Informe extraordinario del Sindic de Greuges, *El derecho de acceso a la información pública*, marzo de 2012.

¹³⁹⁵ Informe extraordinario del Sindic de Greuges, op.cit., y PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pg. 96 y ss.

¹³⁹⁶ PIÑAR MAÑAS, J.L., *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Fundación Alternativas, 2009, pg. 14).

¹³⁹⁷ Informe extraordinario del Sindic de Greuges, op.cit.

¹³⁹⁸ También PIÑAR MAÑAS se pronuncia sobre la necesidad de dictar en España una ley de transparencia que no sea solo de acceso a documentos, sino a la información (concepto más amplio). (Ver PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010, pg. 1043).

¹³⁹⁹ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Notas...”, op.cit., pg. 117 y ss.

¹⁴⁰⁰ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *RCDP*, nº. 37, 2008, pg. 236 y ss.

poder de cualquiera de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de este Título y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones”.

Asimismo, regula los límites del derecho de acceso disponiendo que *“1. El derecho de acceso podrá ser restringido cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección del medio ambiente. 2. La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso”.*

El citado texto aprobado por el Congreso de los Diputados constituye un avance importante, en la medida en que ya no exige, para ejercitar el derecho de acceso, ostentar un interés legítimo y directo. Asimismo, prevé que la resolución en la que se conceda o deniegue el acceso deberá notificarse en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver, aunque este plazo podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante. Sin embargo, dispone que transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa se entenderá que la solicitud ha sido desestimada.¹⁴⁰¹ Esta solución no es favorable a la transparencia, ya que impone al ciudadano la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria ante la inactividad administrativa, y además provoca relajación en los titulares de los órganos administrativos.

En todo caso, respecto de las excepciones al derecho de acceso contenidas en el citado Proyecto (seguridad nacional, relaciones exteriores, intereses económicos o comerciales, etc.), JIMÉNEZ ASENSIO ha destacado es “tan amplio e indefinido muchas veces en sus contornos” que “puede conducir – depende con qué rigor se apliquen, cómo se justifiquen y de qué manera se haga efectivo el principio de proporcionalidad- a un vaciado de la efectividad del derecho de acceso a la información pública. La intensidad de la justificación deberá ser

¹⁴⁰¹ El Memorándum explicativo del el Convenio del Consejo de Europa sobre acceso a los documentos públicos, elaborado por el propio Consejo (*Explanatory Report*), establece que una respuesta ágil y rápida es parte esencial del contenido del derecho de acceso a la información pública, aunque no fija ningún plazo concreto de respuesta. Y, las legislaciones de nuestro entorno suelen fijar el plazo máximo para resolver de 15 días naturales o 20 laborables. Por su parte, el Reglamento CE nº. 1049/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, establece que las solicitudes de acceso a los documentos serán resueltas en el plazo de 15 días laborables.

analizada por los tribunales, pero ya en principio se da pie a las Administraciones Públicas para echar mano de interpretaciones restrictivas, que no serían en principio de recibo y que anularían la efectividad inmediata del derecho en cuestión”.¹⁴⁰²

1.1.3.- La publicidad como difusión de oficio de la información administrativa

La publicidad comprende también a la publicación de oficio dirigida a los ciudadanos en general,¹⁴⁰³ la cual inicialmente se realizaba a través de tabloneros de anuncios, posteriormente a través de los Boletines Oficiales en papel, y finalmente han surgido los medios electrónicos e Internet. La difusión de la información administrativa es una importante función pública que posibilita la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y el control social. Ahora bien, como señala BLASCO DÍAZ¹⁴⁰⁴, siguiendo a PASQUIER y VILLENEUVE¹⁴⁰⁵, la difusión de toda la información disponible sin una gestión adecuada de la misma, haría inoperante la transparencia, por sobrecarga y desorganización de dicha información.¹⁴⁰⁶

El propio Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008, sobre Acceso a los Documentos Públicos, prevé medidas de publicación de oficio, aunque se limita a un principio general, dando a los Estados un amplio margen de discrecionalidad para determinar las materias y medios de publicación. En muchas ocasiones existe un registro de documentos en Internet que permite conocer qué información está en poder de la autoridad pública, realizar búsquedas con diferentes criterios y, una vez localizado, acceder al texto completo a través de un simple “click”, lo cual facilita un acceso inmediato y universal, con el consiguiente un ahorro de costes.¹⁴⁰⁷

Por lo que se refiere al Estado español, no es posible entrar en un análisis detallado, por no ser ello objeto de esta tesis doctoral, pero sí pueden hacerse las

¹⁴⁰² JIMÉNEZ ASENSIO, R., “El proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su incidencia sobre las Entidades Locales. Un primer análisis, *Revista CEMCI*, nº. 16, 2012.

¹⁴⁰³ Según BLASCO DÍAZ, la publicidad es una manifestación concreta de la transparencia, que debe producirse en los casos determinados por el ordenamiento jurídico para conocimiento general de los ciudadanos. (BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa...”, op.cit. pg. 134 y ss).

¹⁴⁰⁴ BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa...”, op.cit., pg. 130.

¹⁴⁰⁵ PASQUIER, M., y VILLENEUVE, J.P., “Organizational barriers to transparency: a typology and analysis of organizational behaviour tending to prevent or restrict access to information”, *International Review of Administrative Sciences*, nº. 63, 2007, pg. 149.

¹⁴⁰⁶ Como indica LASAGABASTER HERRARTE, no se trata de convertir a las Administraciones Públicas en editoriales. (LASAGABASTER HERRARTE, I., “Notas...”, op.cit., pg. 112).

¹⁴⁰⁷ GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 52 y www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx, pg. 74.

reflexiones que se exponen a continuación. Como indica la doctrina mayoritaria, la publicidad activa o de oficio de la información administrativa no está desarrollada legalmente con amplitud suficiente, sino que, con carácter general, sólo existen los artículos 59 y 60 de la Ley 30/1992, que se refieren solamente a la publicación de actos administrativos. La publicación referente a información distinta de actos administrativos es una cuestión que depende de que el legislador decida imponer auténticas obligaciones jurídicamente exigibles para evitar que quede en manos de la discrecionalidad de la propia Administración.¹⁴⁰⁸ Por su parte, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, no configura obligaciones concretas y detalladas de difusión activa de la información, en un momento en que ya la tecnología permite claramente dicha difusión.¹⁴⁰⁹

Por su parte, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre, contiene un Capítulo dedicado a la publicidad activa, donde establece que los sujetos referidos en su artículo 2.1 *“publicarán de forma periódica y actualizada la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública”*, sin perjuicio de que otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad. También establece que la información sujeta a las obligaciones de transparencia será publicada en las correspondientes sedes electrónicas y páginas Web y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados. Y dispone que se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada así como su identificación y localización.

Sin perjuicio de que se deja en manos de la Administración Pública interpretar qué se entiende por *“información cuyo conocimiento sea relevante”*, el Proyecto de Ley establece obligaciones de información institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica, e información económica, presupuestaria y estadística. Asimismo, prevé que la Administración General del

¹⁴⁰⁸ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., *“La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización, Nuevas Políticas Públicas”*, Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas, nº. 1, 2005.

¹⁴⁰⁹ Existen también algunas previsiones relativas a la publicación de relaciones documentales (artículo 37.9 de la Ley 30/1992, que no concreta el tipo de publicación, información o periodicidad), de circulares e instrucciones de aplicación de la normativa (artículo 37.10 de la Ley 30/1992), y el artículo 21.2 de la citada Ley, que dispone que *“cuando una disposición específica así lo establezca o se estime conveniente por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse, las instrucciones y órdenes de servicio se publicarán en el periódico oficial que corresponda”*. Asimismo, la Ley 27/2006, de 18 de julio, que regula el acceso a la información ambiental, dedica un capítulo a la difusión activa de la información ambiental, destacando la preferencia por la publicidad a través de medios telemáticos. Finalmente, hay otros supuestos específicos contenidos en otras leyes que también tienen por objeto la transparencia, tales como la publicación de los ingresos, bienes y actividades de altos cargos, la concesión de subvenciones, la adjudicación de contratos del sector público, etc.

Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, que facilite el acceso de los ciudadanos a toda la información citada, que incluirá, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia.

En definitiva, es preciso que, como propone GUICHOT REINA, “la ley establezca disposiciones todo lo precisas posible que obliguen a poner a disposición de todos los ciudadanos en Internet la principal información que les permita participar, controlar y con ello contribuir a una gestión pública más eficaz y transparente”.¹⁴¹⁰

1.1.4.- Internet y transparencia administrativa

La transparencia administrativa aumenta exponencialmente con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC, Administración electrónica)¹⁴¹¹, al hacer más accesible la información al público.¹⁴¹² Así, indica SÁNCHEZ BLANCO que “el difícil seguimiento de la actividad de los organismos públicos, cuyos datos se vierten de modo asistemático en boletines oficiales, memorias o anacrónicos tableros de anuncios, tiene la alternativa de Internet y su absoluta permeabilidad, que hace posible materializar el objetivo de instalar a los organismos públicos en la transparencia”.¹⁴¹³

En el pasado, el acceso a la información y la difusión de la misma estaban muy limitados por los medios materiales de que se disponía, pues el soporte papel constituye un límite físico y además requiere sistemas de atención al público

¹⁴¹⁰ GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 57.

¹⁴¹¹ Así se reconoce en el artículo 3 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

¹⁴¹² La doctrina ha destacado la enorme potencialidad que tienen los medios electrónicos para facilitar el derecho de acceso a la información pública (CERRILLO MARTÍNEZ, A., “La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”, en COTINO, L., y VALERO TORRIJOS, J., *La ley de administración electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, y “¿Cómo facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en la Administración electrónica?”, *RIDP*, nº. 12, 2011, y VALERO TORRIJOS, J., “Las garantías jurídicas en la Administración electrónica: ¿avance o retroceso?”, *Cuenta con IGAE*, nº. 22, 2009, pg. 22, y “E-información: hacia una nueva regulación del acceso a la información”, *RIDP*, nº. 1, 2005, y VALERO TORRIJOS, J., “El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración. (Análisis desde la perspectiva del Derecho español)”, *Revista de Derecho y Tecnologías*, nº. 6-7, 2005). Aunque también se ha destacado que el compromiso normativo a ese respecto ha sido escaso. (Ver COTINO HUESO, L., “El débil compromiso normativo por la transparencia y participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro”, en AA.VV., *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, Coord. COTINO HUESO, L., Comares, Granada, 2007, pgs. 35 a 87).

¹⁴¹³ SÁNCHEZ BLANCO, A., *Internet, sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, Granada, 1999, pg. 90.

complejos, de manera que la difusión implicaba un costo excesivo y poca funcionalidad.¹⁴¹⁴ Sin embargo, como indica VARELO TORRIJOS¹⁴¹⁵, las nuevas tecnologías de la información permiten una amplia difusión de la información, tanto cuantitativa como cualitativa. La incorporación de los medios electrónicos en la actividad administrativa ha sido consagrada por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, si bien aún queda un largo camino para asegurar la vigencia efectiva de la transparencia administrativa a través de los medios electrónicos.¹⁴¹⁶ La citada Ley 11/2007 establece en su artículo 4 que la utilización de las tecnologías de la información se ajustará al *“principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas”*. Pero a nivel de obligaciones concretas, solamente establece lo siguiente:

En primer lugar, respecto de la publicación de actos administrativos e información administrativa, la Ley 11/2007 regula las publicaciones electrónicas de Boletines Oficiales y del tablón de anuncios o edictos. Así, el artículo 11 establece que: *“1. La publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa. 2. La publicación del Boletín Oficial del Estado en la sede electrónica del organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que se determinen reglamentariamente, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables”*.

La doctrina ha criticado la diferencia entre los apartados 1 y 2. Solamente el apartado 1 es básico para todas las Administraciones Públicas, y la referencia del apartado 1 a las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine podría dar lugar a entender que se deja en manos de cada Administración Pública implantar o no las garantías técnicas que aseguren la integridad y autenticidad.¹⁴¹⁷ Y se ha criticado que el legislador básico no haya obligado a todas las Administraciones Públicas de implantar la edición electrónica con plenas garantías técnicas y jurídicas, destacándose la necesidad de que la

¹⁴¹⁴ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Notas...”, op.cit., pg. 116.

¹⁴¹⁵ VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada, 2007, pg. 17.

¹⁴¹⁶ Sobre comunicaciones electrónicas, puede verse TORRES LÓPEZ, M.A., y ALARCÓN BEIRA, F., “El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación”, *RVAP*, nº. 55, 1999.

¹⁴¹⁷ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, Civitas, Navarra, 2009, pg. 440, y VALERO TORRIJOS, J., “Acceso a los servicios y a la información por medios electrónicos”, en AA.VV., *La ley de Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Coord. GAMERO CASADO, E., y VALERO TORRIJOS, J., Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, pg. 258.

legislación básica hubiera impuesto más garantías sobre integridad y autenticidad de la información, en particular respecto del procedimiento desde que la información es remitida por su autor hasta que es publicada.¹⁴¹⁸

Por su parte, el artículo 12 dispone que *“la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente”*. Este artículo deja en manos del órgano administrativo la decisión sobre utilizar los tableros electrónicos.¹⁴¹⁹

En segundo lugar, el artículo 6. 1º de la Ley 11/2007 dispone que *“se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las Administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, enablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos”*.

Según COTINO HUESO, la formulación de este derecho es tajante a través de una norma categórica, aunque considera insatisfactorio el reenvío en bloque al artículo 35 de la Ley 30/1992, porque es necesaria una regulación concreta para la proyección de los derechos de dicho artículo 35 a las relaciones electrónicas. No obstante, concluye que el derecho queda reconocido y por tanto su ejercicio habrá de posibilitarse electrónicamente por las Administraciones Públicas, aunque aún no se haya adecuado la legislación concreta para su ejercicio electrónico.¹⁴²⁰

En cuanto al derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo, la Ley 11/2007 regula en su artículo 37 el acceso de los interesados a la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, señalando que *“1. En los procedimientos administrativos gestionados en su totalidad electrónicamente, el órgano que tramita el procedimiento pondrá a disposición del interesado un servicio electrónico de acceso restringido donde éste pueda consultar, previa identificación, al menos la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, salvo que la normativa aplicable establezca restricciones a dicha información. La información sobre el estado de tramitación del procedimiento comprenderá la relación de los actos de trámite realizados, con*

¹⁴¹⁸ VALERO TORRIJOS, J., “Acceso a los servicios...”, op.cit., pg. 257.

¹⁴¹⁹ De hecho, en sede parlamentaria se llegó a plantear que la publicidad electrónica fuera solamente complementaria para facilitar el acceso de todos los afectados. (Enmienda nº. 98 del Grupo Popular en el Congreso de los Diputados (BOC de 13 de marzo).

¹⁴²⁰ COTINO HUESO, L., “Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos”, en AA.VV., *El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*, Coord. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., Cersa, Madrid, 2008, pg. 74 y ss.

indicación sobre su contenido, así como la fecha en la que fueron dictados. 2. En el resto de los procedimientos se habilitarán igualmente servicios electrónicos de información del estado de la tramitación que comprendan, al menos, la fase en la que se encuentra el procedimiento y el órgano o unidad responsable”.

También el artículo 6.2.e) de la citada ley establece el derecho a “*obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado*”. La doctrina ha destacado que este artículo no regula el plazo concreto de la Administración Pública para dar respuesta a las solicitudes de acceso¹⁴²¹, por lo que rigen las reglas generales, que son insuficientes (con un plazo de tres meses en defecto de norma concreta aplicable). Y el artículo 32.3 de la citada ley dispone que “*la remisión de expedientes podrá ser sustituida a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente electrónico, teniendo el interesado derecho a obtener copia del mismo*”. Por tanto, está reconociendo el derecho de los interesados a acceder a la totalidad del expediente electrónico, incluso independientemente de que el procedimiento haya terminado o no.¹⁴²²

Ahora bien, la Ley 11/2007 no ha regulado más detalladamente la cuestión, que parte de la solicitud previa del interesado para acceder al expediente, habiendo señalado la doctrina que el legislador podría haber establecido el acceso directo de los interesados al expediente electrónico mediante el correspondiente certificado de firma electrónica, con visualización completa del mismo (sin solicitud previa), aunque para solicitar copias electrónicas sí se requiriese la autorización previa de la Administración correspondiente.¹⁴²³

1.1.5.- La transparencia y la legislación sobre protección de datos de carácter personal

A) El acceso a la información y documentación administrativa y la protección de datos de carácter personal

Hasta ahora se ha expuesto que los artículos 105.b) de la Constitución y 37 de la Ley 30/1992 prevén que la intimidad es un límite al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos.¹⁴²⁴ Pero, además, la transparencia, en la

¹⁴²¹ En este sentido, DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 434.

¹⁴²² MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, op.cit., pg. 434.

¹⁴²³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, op.cit., pg. 435, y VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración*, op.cit., pg. 19 y ss.

¹⁴²⁴ Como indica PAREJO ALFONSO, la transparencia administrativa está limitada por dos reservas: la privada (intimidad de las personas) y la pública (seguridad y defensa del

medida en que implica el conocimiento de datos personales por terceros, puede afectar al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal.¹⁴²⁵ Ciertamente el artículo 105.b) CE no se refiere expresamente a la protección de datos personales como límite a la transparencia administrativa, pero ha de realizarse una interpretación sistemática de la Constitución.

La problemática se plantea con más intensidad porque la normativa sobre acceso a archivos y registros administrativos (Ley 30/1992) y la normativa sobre protección de datos personales (Ley Orgánica 15/1999, de Protección de los Datos de Carácter Personal, LOPD) se han dictado de forma desconexa.¹⁴²⁶ Incluso la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, tampoco ha previsto ninguna norma específica sobre difusión de datos personales.

Siguiendo a TRONCOSO REIGADA¹⁴²⁷ puede entenderse que la LOPD resulta aplicable cuando nos encontremos con documentación administrativa que,

Estado y averiguación del delito). (PAREJO ALFONSO, L., *El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones*, CDJ, nº. 22, 1996).

¹⁴²⁵ La protección de datos personales constituye un derecho fundamental distinto del derecho a la intimidad. (Ver la STC 292/2000, y, entre otros, SERRANO PÉREZ, M^a.M., *El derecho fundamental a la protección de datos, derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003, pg. 143, CASTELLS ARTECHE, J.M., "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", *RVAP*, nº. 39, 1994, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 120-121, y "Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales", en AA.VV., *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal constitucional, Universidad Complutense, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002, pg. 509 y ss., GONZÁLEZ MURUA, A. R., "Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales", *RVAP*, nº. 37, 1993, y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, op.cit., pg. 60).

GÓMEZ SÁNCHEZ incluye el Derecho a la protección de datos de carácter personal y familiar dentro de la cuarta generación de derechos fundamentales, en el contexto de los avances biomédicos. (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Estado constitucional y protección internacional", en AA.VV., *Pasado, presente y futuro de los derechos fundamentales*", Coord. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., UNED y Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, México, 2004, pg. 246, *Introducción al Régimen Constitucional Español*, Sanz y Torres, Madrid, 2003, *Derecho Constitucional Europeo: derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2005, y "La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa", *Derecho y Salud*, vol. 16, nº. Extra, 1, 2008).

¹⁴²⁶ La doctrina ha entendido que la legislación no ha regulado expresamente el problema de las relaciones entre la protección de datos y el acceso por los ciudadanos a la información pública. (FUENTETAJA PASTOR, J.A., y MEDINA GONZÁLEZ, S., *La protección de datos en la Administración Local*, Iustel, Madrid, 2008, pg. 61). También según MURILLO DE LA CUEVA, uno de los retos pendientes es la regulación de la protección de datos personales en los distintos sectores, en particular en el de los procedimientos administrativos. (MURILLO DE LA CUEVA, P.L., "Artículo 1. Objeto", en AA.VV., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Civitas, Cizur Menor, 2010, pg. 91 y ss.).

¹⁴²⁷ TRONCOSO REIGADA, A., "Transparencia...", op.cit., pg. 48, y, con detalle, en *La protección de datos...*, op.cit., pgs. 737 a 741. Como indica este último autor, la LOPD sólo protege los datos sometidos a tratamiento.

en los términos del artículo 2 LOPD, contenga datos “registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento”. Y esto ocurre cuando se trata de Administración Electrónica y cuando hay tratamientos manuales si existe un fichero organizado de acuerdo con personas. Además, como ha señalado la STC 292/2000, el derecho a la protección de datos personales no se reduce a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales. Siguiendo al citado autor¹⁴²⁸, cabe distinguir dos supuestos:

- Que se trate de documentación administrativa sin datos personales, o con datos personales que no han sido objeto de tratamiento.

- Que se trate de documentación administrativa que contenga un tratamiento de datos personales.

En el primer caso, al no existir tratamiento de datos, será aplicable lo dispuesto en la Ley 30/1992 sobre acceso a la documentación administrativa, fundamentalmente su artículo 37, que, como se ha expuesto anteriormente, es una regulación muy deficiente desde la perspectiva de la transparencia administrativa, e incluso tachable de inconstitucional.

En el segundo caso, al existir tratamiento de datos personales, resulta aplicable la LOPD. Y el acceso a la información administrativa que contenga datos de otras personas constituye una cesión de datos personales. Aquí es donde se plantea el problema jurídico, porque el artículo 11.2 de la LOPD admite la cesión de datos personales sin consentimiento del titular cuando esté autorizada en una ley, se trate de datos recogidos en fuentes accesibles al público o el tratamiento responda a la libre y legítima relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros. Como indica GUICHOT, la LOPD ha regulado de forma muy deficiente la comunicación a terceros de datos en poder de las Administraciones Públicas, sin remitirse expresamente a la legislación sobre acceso a la información administrativa, sino a la ley en general, por lo que ni siquiera aclara si debe tratarse de leyes sectoriales o si puede tratarse de la legislación sobre acceso a la información pública.¹⁴²⁹

A la vista de la legislación vigente, cabe entender que la autorización para la cesión de datos requerida por la LOPD se encuentra en los artículos 35 y 37 de la Ley 30/1992.¹⁴³⁰ Sin embargo, y como se ha señalado, los citados artículos no reconocen el derecho de acceso a la información administrativa sin acreditar un interés legítimo y directo. Así, como indica TRONCOSO REIGADA, el derecho de acceso a la información administrativa sin acreditar un interés legítimo y directo y

¹⁴²⁸ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 49 y ss.

¹⁴²⁹ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pgs. 188 y 193.

¹⁴³⁰ GUICHOT REINA, E., “Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio”, *RCDP*, nº. 35, 2007.

la publicación a iniciativa de la Administración¹⁴³¹ no tienen una clara acogida en la legislación española, porque no existe una habilitación legal clara al respecto.¹⁴³²

Puede concluirse, pues, con base en lo dispuesto en la Ley 30/1992, que actualmente las autorizaciones legales para acceder a información administrativa que contenga datos personales de terceros amparados por la LOPD son las dos siguientes:

- El artículo 37 de la Ley 30/1992, si se ejercita el derecho de acceso a archivos y registros.

- El artículo 35 de la Ley 30/1992, si se ejercita el derecho de acceso al expediente administrativo por el interesado en el mismo, en cuyo caso habrá que tener la condición de interesado en el procedimiento. Debe entenderse que el acceso al expediente implica el acceso a todo su contenido, incluido los datos personales que en él figuren. En el bien entendido de que los datos estrictamente íntimos continúan protegidos por el contenido esencial del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar reconocido en el artículo 18 de la Constitución Española. Por ello, será preciso efectuar, respecto de dichos datos íntimos, una ponderación entre el derecho a la intimidad por un lado y, por otro lado, otros derechos fundamentales o intereses constitucionalmente protegidos que justifiquen el acceso a los datos.

En el Derecho comparado existen instrumentos que modulan la aplicación de las excepciones al derecho de acceso a la información administrativa, destacando el principio de daño efectivo y el principio de interés público prevaleciente en la difusión de la información. El principio de daño efectivo (*harm test*) consiste en que, si la solicitud de acceso a la información administrativa colisiona con un derecho o interés protegido por una excepción al acceso, para aplicar esta excepción debe tratarse de un daño real, pues si el daño no es real o tiene poca entidad, deberá concederse el acceso. El principio de interés público prevaleciente en la difusión de la información consiste en que, aún concurriendo una excepción al acceso legalmente prevista, la Administración Pública debe valorar si existe un interés público en la difusión de la información que prevalezca sobre el interés que la excepción protege, de forma que, pese a estar afectado o perjudicado este interés, deba permitirse el acceso a la información solicitado.

Puede destacarse que en el Derecho federal de los Estados Unidos de América, la *Privacy Act* se remite a la *Freedom of Information Act* (FOIA) respecto de los datos suministrables en las solicitudes de acceso a la información. Y la FOIA prevé una ponderación entre el derecho a la privacidad y el interés público

¹⁴³¹ Que son las actuaciones esenciales para la consecución de la transparencia.

¹⁴³² TRONCOSO REIGADA, A., "Transparencia...", op.cit., pg. 712.

general en conocer la información directamente relacionada con el funcionamiento y control de la Administración Pública.¹⁴³³

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008 sobre Acceso a los Documentos Públicos contiene una lista de excepciones al acceso que los Estados adheridos al Convenio pueden establecer, pero también señala que no se aplica la excepción cuando exista un interés público prevaleciente en difundir la información. Así, prevé que tales excepciones deberán estar previstas por una ley, ser necesarias en una sociedad democrática y tener como objetivo la protección, entre otras cuestiones, de la intimidad y otros intereses privados legítimos. Y añade que el acceso a la información contenida en un documento oficial puede ser rechazado si puede o probablemente pueda dañar los intereses mencionados en estas limitaciones, *“a menos que haya un interés público que prevalezca en dicha revelación”*. Por tanto, se deniega el acceso solamente si efectivamente se daña el interés protegido por la excepción (principio del daño efectivo), e incluso puede inaplicarse la excepción, y concederse el acceso, si prevalece un interés público en la difusión (principio del interés público prevalente). Esta valoración debe hacerse caso por caso.

En cuanto al Derecho comunitario, el Reglamento CE nº. 1049/2001¹⁴³⁴, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, dispone en su artículo 4.1 sobre excepciones al acceso que *“las instituciones denegarán el acceso a un documento cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de: (...) b) la intimidad y la integridad de la persona, en particular de conformidad con la legislación comunitaria sobre protección de los datos personales”*. Esta legislación sobre protección de datos se contiene en el Reglamento 45/2001¹⁴³⁵, que no se remite expresamente a la legislación sobre acceso a la información, pero que permite autorizar el tratamiento de datos personales si *“es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la*

¹⁴³³ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pg. 51. GUICHOT explica el funcionamiento de esta ponderación: en primer lugar, debe apreciarse si la divulgación de la información atenta contra la privacidad de una persona física. En segundo lugar, determinar si existe un interés público en la divulgación. En tercer lugar, ponderar ambas cuestiones, teniendo en cuenta que prevalece la publicidad de la información más directamente relacionada con la necesidad de control y transparencia de la actividad administrativa.

¹⁴³⁴ Actualmente en proceso de revisión.

¹⁴³⁵ Reglamento (CE) nº. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones y los organismos comunitarios y a la libre circulación de estos datos.

El derecho a la protección de datos tiene reconocimiento autónomo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y, en cuanto a su desarrollo legislativo, existe la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, que regula los tratamientos de datos efectuados en los Estados miembros (que armoniza las legislaciones estatales sobre protección de datos personales), y el citado Reglamento (CE) núm. 45/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000.

que esté sujeto el responsable del tratamiento” (artículo 5.b). Esta obligación jurídica sería el derecho de acceso a la información pública establecido en Reglamento 1049/2001.

A la vista de lo expuesto, se ha entendido que el Derecho comunitario no regula de forma clara las relaciones entre protección de datos y acceso a la información pública¹⁴³⁶, y el Defensor del Pueblo Europeo ya detectó la tendencia a denegar cualquier información que contenga el nombre de una persona, aunque se refiera a actividades públicas, pudiendo destacarse, en cuanto aquí interesa, la Reclamación 341/2001/(BB)IJH, en la que el Parlamento Europeo se negaba a publicar la lista de aprobados en una convocatoria de plazas de mecanógrafo, y también se negaba a facilitarla a uno de los participantes no seleccionados, alegando la legislación sobre protección de datos.

Así mismo, el documento “*Public Access to documents and data protection*”, elaborado por el Supervisor Europeo de Protección de Datos, con base en los Reglamentos 1049/2001 y 45/2001, parte de la accesibilidad general a la información de pública, de manera que lo que hay que analizar es si el documento que contiene datos personales afecta a la intimidad y si además la revelación de estos datos puede afectar sustancialmente al sujeto al que se refiere. En tal caso, el tratamiento de datos también podría estar autorizado por el citado artículo 5.b del Reglamento 45/2001, pues el Supervisor entiende que entre las obligaciones jurídicas cuyo cumplimiento autoriza el tratamiento, estaría la de facilitar el acceso a la información pública en virtud del principio de la transparencia. Así lo ha entendido también el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 8 de noviembre de 2007, T-194/04, caso Bavarian Lage.

En España, sin embargo, el artículo 37 de la Ley 30/1992, regula las excepciones al derecho de acceso sin tener en cuenta los principios de daño efectivo, de interés público superior en la difusión y de proporcionalidad, ni la necesidad de ponderar, caso por caso, los derechos en contraposición para determinar cuál debe prevalecer, lo cual acaba provocando denegaciones abusivas del acceso a la información. Como indica el Sindic de Greuges, el límite de la intimidad y los datos personales “no puede aplicarse de forma automática y por el sólo hecho de que en los documentos aparezcan personas identificadas”. Así, en el Informe al Parlamento 2006, el Sindic manifestó que cuando es un cargo electo local quien pide acceder a una documentación determinada (...), el derecho a la intimidad únicamente debe prevalecer en los casos en que el acceso a los datos que afectan a la intimidad de un tercero resulte manifiestamente ajeno a la función de control y fiscalización política.

De hecho, la propia Ley Irlandesa sobre acceso a la información excluye de la definición de información personal de acceso excluido, la información relativa a las actividades de los servidores públicos y los Entes que proveen servicios

¹⁴³⁶ GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 43.

públicos. También debe destacarse la decisión del Defensor del Pueblo Europeo de 14 de julio de 2008, que considera que es mala administración no facilitar información sobre los gastos de los miembros del Parlamento Europeo, incluidos los relativos a dietas por viajes y manutención, pues, en una sociedad transparente y democrática la ciudadanía tiene derecho a estar informada sobre el uso de los fondos públicos.

Asimismo, debe hacerse referencia a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, que procede a armonizar las legislaciones sobre protección de datos personales de los Estados miembros de la Unión Europea. Esta Directiva señala en su artículo 7 que *“los Estados miembros dispondrán que el tratamiento de datos personales sólo pueda efectuarse si: (...) c) es necesario para el cumplimiento de una obligación jurídica a la que esté sujeto el responsable del tratamiento, o (...) d) es necesario para proteger el interés vital del interesado, o e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran protección con arreglo al apartado 1 del artículo 1 de la presente Directiva”*.¹⁴³⁷

Sobre esta base, nos recuerda TRONCOSO REIGADA que esta Directiva ha permitido a otros Estados, como los nórdicos, dictar normas más abiertas a la transparencia administrativa que la legislación española, concluyendo que España no ha aprovechado las posibilidades que esta Directiva ofrecía, y añadiendo que, además, la LOPD no ha regulado la incidencia de la libertad de información del artículo 20 CE como límite al derecho fundamental de protección de datos personales.

Por tanto, se viene considerando necesaria una ley que aclare los criterios para resolver el conflicto entre el derecho de acceso y el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales.¹⁴³⁸ Especialmente si tenemos en cuenta que en

¹⁴³⁷ En similares términos se expresa la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos, aprobada por la Comisión el 25 de enero de 2012, que sustituiría a la actual Directiva 95/46/CE. En relación con las autorizaciones de tratamiento de los apartados c) y e), la citada Propuesta especifica que *“el fundamento jurídico del tratamiento contemplado en el apartado 1, letras c) y e), se habrá de establecer en: a) el Derecho de la Unión, o b) en la legislación del Estado miembro a la que esté sujeto el responsable del tratamiento. La legislación del Estado miembro deberá cumplir un objetivo de interés público o deberá ser necesaria para proteger los derechos y libertades de terceros, respetar la esencia del derecho a la protección de los datos personales y ser proporcional al objetivo legítimo perseguido”*.

¹⁴³⁸ Ver FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, op.cit., pg. 226.

nuestro Ordenamiento Jurídico existe un fuerte desequilibrio entre la debilidad del principio de transparencia de la actuación pública, carente de una verdadera Ley de Acceso a la Información Pública, frente a un sistema legal de protección de los datos personales cada vez más enérgico.¹⁴³⁹ Al respecto, y de *lege ferenda*, la doctrina mayoritaria entiende que es la normativa reguladora del derecho de acceso a la información pública la que debe fijar la legalidad de la comunicación de información que incluya datos personales (salvo cuando se trata del propio afectado, en cuyo caso la legislación sobre protección de datos es la que debe regular el denominado derecho de acceso.¹⁴⁴⁰ Y que los límites al derecho de acceso a la información deben estar enunciados en la propia ley, sin que sean admisibles cláusulas abiertas.¹⁴⁴¹ Asimismo, se considera que la ley debe establecer un principio de reserva de los datos íntimos (incluidos los calificados por la LOPD como “especialmente protegidos”) y, por el contrario, debe dar prevalencia a la publicidad cuando se trate de datos personales relacionados con la organización o el funcionamiento administrativo o los gastos públicos.¹⁴⁴²

Como indica TRONCOSO REIGADA, el establecimiento de los criterios para el acceso a la información administrativa y la regulación de su relación con el derecho a la protección de datos personales, no evita la necesaria valoración caso por caso, tal y como ha señalado también el Grupo del Artículo 29.¹⁴⁴³

Por su parte, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, regula en su artículo 15 la relación entre el derecho de acceso a la información pública y la protección de datos personales, estableciendo en primer lugar que “*cuando la solicitud de acceso se refiera a información pública que contenga datos de carácter*

¹⁴³⁹ FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública”, en AA.VV., *El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*, Coord. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., Cersa, Madrid, 2008, pg. 130.

¹⁴⁴⁰ GUICHOT REINA, E., “Acceso a la información...”, op.cit., pg. 439, y FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Diez anotaciones...”, op.cit., pg. 131.

¹⁴⁴¹ En este sentido, el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008 sobre Acceso a los Documentos Públicos solo admite limitaciones al derecho de acceso establecidas por ley, necesarias y proporcionadas por motivos enunciados de manera exhaustiva en sistema de lista cerrada.

¹⁴⁴² Por todos, puede verse GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 59.

¹⁴⁴³ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 907, y Dictamen 3/1999, de 3 de mayo, sobre “Información del sector público y protección de datos personales”, del Grupo de Trabajo del Artículo 29 (GT 29) creado por la Directiva 95/46/CE. Al respecto, y en relación con cuál ha de ser el interés a ponderar a favor de la publicidad, la solución mayoritaria y que juzga acertada GUICHOT es que ha de prescindirse de los intereses particulares que puedan tener los solicitantes de información y llevarse a cabo un juicio abstracto relativo a la importancia de la información para los fines de conocimiento, participación y control de la gestión de los asuntos públicos a los que sirve la transparencia. GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 71.

personal se aplicarán las disposiciones previstas en esta Ley". Por tanto, esta nueva Ley constituirá la autorización legal a que se refiere el artículo 11 de la LOPD 15/1999 para poder realizar tratamientos y cesiones de datos de carácter personal sin el consentimiento del afectado, en el campo de la transparencia administrativa. El citado texto distingue según que se trate de datos especialmente protegidos o no. Así, en su artículo 15, dispone lo siguiente:

- Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos del artículo 7.2 LOPD (datos que revelan la ideología, afiliación sindical, religión y creencias), el acceso únicamente se podrá autorizar en caso de que se contase con el consentimiento expreso y por escrito del afectado, a menos que dicho afectado hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso. Es una excepción de carácter absoluto.

- Si la información incluyese datos especialmente protegidos del artículo 7.3 LOPD (que hacen referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual), o datos relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas que no conllevasen la amonestación pública al infractor, el acceso sólo se podrá autorizar en caso de que se cuente con el consentimiento expreso del afectado o si aquél estuviera amparado por una norma con rango de Ley. En este caso la excepción admite las excepciones que disponga una norma con rango de ley.

- "Con carácter general, y salvo que en el caso concreto prevalezca la protección de datos personales u otros derechos constitucionalmente protegidos sobre el interés público en la divulgación que lo impida, se concederá el acceso a información que contenga datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano".

En todo caso, el Proyecto de Ley parte del principio general de acceso si se trata de *"datos meramente identificativos relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano"*. Habrá que ver cómo se interpreta este concepto.

- *"Cuando la información solicitada no contuviera datos especialmente protegidos, el órgano al que se dirija la solicitud concederá el acceso previa ponderación suficientemente razonada del interés público en la divulgación de la información y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada, en particular su derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Para la realización de la citada ponderación, el órgano tomará particularmente en consideración los siguientes criterios:*

a) *El menor perjuicio a los afectados derivado del transcurso de los plazos establecidos en el artículo 57 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.*

b) *La justificación por los solicitantes de su petición en el ejercicio de un derecho o el hecho de que tengan la condición de investigadores y motiven el acceso en fines históricos, científicos o estadísticos.*

c) *El menor perjuicio de los derechos de los afectados en caso de que los documentos únicamente contuviesen datos de carácter meramente identificativo de aquéllos.*

d) *La mayor garantía de los derechos de los afectados en caso de que los datos contenidos en el documento puedan afectar a su intimidad o a su seguridad, o se refieran a menores de edad”.*

B) La publicación de información y la protección de datos de carácter personal

El derecho fundamental a la protección de datos personales también se ve afectado por la publicación cuando ésta implica un tratamiento de información o la cesión de datos personales a terceros. En particular, la publicación en Internet de información administrativa que contiene datos personales provoca un tratamiento de datos personales, al hallarnos ante un procedimiento técnico que permite la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación y cesión de datos personales (artículo 3.c) LOPD).¹⁴⁴⁴

Los efectos difusores de esta cesión indiscriminada se agudizan en los casos de las publicaciones en Internet¹⁴⁴⁵, especialmente debido a la existencia de buscadores que, como Google, multiplican las posibilidades de conocer inmediatamente y con gran facilidad los datos asociados a una persona.¹⁴⁴⁶ Por tanto, la publicación es la máxima injerencia que puede producirse en el derecho fundamental a la protección de datos personales¹⁴⁴⁷, si bien puede resultar autorizada por la legislación vigente en casos en que el interés general u otros derechos fundamentales así lo requieran. En definitiva, cuando la publicación implique cesión de datos personales, deberá concurrir alguno de los supuestos del artículo 11 LOPD, en particular, una autorización legal. Analizamos a continuación los supuestos en que existe dicha autorización legal, distinguiendo dos supuestos: la publicación de actos administrativos y la publicación de otras informaciones administrativas. Asimismo, debe analizarse el principio de proporcionalidad aplicado a las publicaciones que contienen datos personales.

¹⁴⁴⁴ Así lo confirma la STJCE de 6 de noviembre de 2003, caso Lindqvist, Asunto C-101/01.

¹⁴⁴⁵ RALLO LOMBARTE, A., “La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales”, en AA.VV., *Administración electrónica: estudios, buenas prácticas y experiencias en el ámbito local*, Coord. DE LA HERA PASCUAL, C., Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2010, pg. 65. Sobre Internet y protección de datos personales puede verse, entre otras obras, GUERRERO PICÓ, M^a.C., *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2006.

¹⁴⁴⁶ Ver también RALLO LOMBARTE, A., “La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales”, *Serie Claves del Gobierno Local*, nº. 12, pg. 66.

¹⁴⁴⁷ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 44.

a) La publicación de actos administrativos

Respecto de la publicación de actos administrativos, la autorización legal¹⁴⁴⁸ se encontraría en los artículos 59.5 y 6 y 60.1 de la Ley 30/1992.¹⁴⁴⁹ Estos artículos, sin embargo, presentan aspectos que pueden lesionar el derecho fundamental a la protección de datos, tanto desde la perspectiva de la reserva de ley que rige en materia de protección de datos personales, como desde la perspectiva del principio de proporcionalidad.

Los supuestos de publicación establecidos en los artículos citados obedecen a distintas finalidades, lo cual tiene trascendencia. Así, el artículo 59.5, contiene el caso de la publicación supletoria, que tiene lugar cuanto la preceptiva notificación no se ha podido realizar¹⁴⁵⁰, por lo que su finalidad es lograr el conocimiento del acto administrativo por el interesado, para lograr su eficacia. Como no se persigue el interés de la transparencia informativa, la publicación de datos personales debe ser la mínima, por lo que solamente deba publicarse el nombre y apellidos del notificado, el DNI y el lugar físico o electrónico donde puede acceder al contenido íntegro del acto objeto de notificación.¹⁴⁵¹

El artículo 59.6 contiene varios supuestos. En primer lugar, la publicación sustitutoria, que procede en dos supuestos: cuando el acto administrativo tiene por destinatario a una pluralidad indeterminada de personas, y el caso de los actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva. En ambos supuestos se trata de facilitar la gestión administrativa: así, en el primero, permitir el conocimiento de todos los destinatarios, que no pueden ser notificados individualmente porque no son conocidos por la Administración Pública, y en el segundo caso, facilitar la agilidad del procedimiento, que podría verse

¹⁴⁴⁸ La Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, sobre publicación de datos personales en boletines y diarios oficiales en Internet, en sitios Web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos, ratifica que la autorización legal exigida por la LOPD implica un reenvío a la Ley 30/1992.

¹⁴⁴⁹ El artículo 59 de la Ley 30/1992 fue reformado por la Ley 4/1999. Al respecto, puede verse OLMEDO GAYA, A.I., "Notificación y publicación de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", AA, nº. 26, 1999.

¹⁴⁵⁰ El artículo 59.5 dispone que "*cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio, en el "Boletín Oficial del Estado", de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó. (...)*".

¹⁴⁵¹ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 872. Añade este autor que el nombre y apellidos deben figurar en abreviatura.

A favor de la publicación extractada del acto, ver también GUICHOT REINA, que plantea la posibilidad de un sistema de notificaciones telemáticas similar al sistema de la "Dirección Electrónica Vial" (DEV). (GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 91).

excesivamente ralentizado si hubiera que notificar personalmente a todos los participantes. Existe otro supuesto, consistente en que la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos, en cuyo caso la finalidad es lograr el conocimiento de todos los interesados. Esta publicación produce los mismos efectos que la notificación a todos los interesados, por lo que es sustitutiva, pero a su vez no elimina la obligación de notificar a uno de ellos, por lo que es complementaria de esta notificación. Se trata del caso en que se formulan solicitudes conjuntas por varios interesados, y el artículo 33 de la Ley 30/1992 permite a la Administración actuar con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término.¹⁴⁵²

Por su parte, el artículo 60.1 de la Ley 30/1992 dispone que “los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así lo establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente”. Dicho precepto ha sido considerado inconstitucional por parte de la doctrina, por no respetar la reserva de ley que afecta al derecho fundamental a la protección de datos personales, por lesionar la reserva de ley en esta materia, ya que deja la decisión de la publicación a la discrecionalidad del órgano administrativo o a normas de rango infralegal.¹⁴⁵³

Además, la STC 292/2000 declaró inconstitucional un inciso del artículo 21 y el apartado segundo del artículo 24 de la LOPD 15/1999, en los que se contenían expresiones idénticas a la del citado artículo 60.1 de la Ley 30/1992. Por ello, VALERO TORRIJOS¹⁴⁵⁴ entiende que la regulación legal ha de ser suficientemente

¹⁴⁵² Así lo entiende TOSCANO GIL, F., “Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal”, *RGDA*, nº. 31, 2012, citando a DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008, pg. 216 y ss, GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, pg. 1188 y ss, y MARTÍN REBOLLO, L., *Leyes administrativas*, 17ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2011, pg. 514.

¹⁴⁵³ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., “La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización”, en AA.VV., *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pg. 253, y “La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de los datos personales”, *RARAP*, nº. 26, 2005.

Por su parte, la Resolución R/01230/2009 de la Agencia Española de Protección de Datos, relativa a la publicación en el tablón de anuncios de un colegio público de un listado de alumnos beneficiarios de becas, señaló que dicha publicación no podía ampararse en el artículo 60.1 de la Ley 30/1992, porque éste necesitaba un desarrollo posterior en el que se concretara el supuesto de la publicación.

¹⁴⁵⁴ VALERO TORRIJOS, J., “¿Vulnera el derecho a la protección de datos personales la publicación de información administrativa en Internet? Algunas enseñanzas para el Derecho español a propósito de la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010”, *Datospersonales.org, la revista de la APDCM*, volumen nº. 50, 2011.

concreta y detallada, de manera que no bastaría una mera remisión a la normativa reglamentaria, ni siquiera previsiones excesivamente abiertas aún cuando se contengan en una Ley.

En todo caso, cuando la publicación en virtud del artículo 60 de la Ley 30/1992 (es decir, hecha con base en la norma reguladora del procedimiento o por la apreciación del órgano competente) implique una cesión de datos personales, entiende GUICHOT que habrán de ponderarse los intereses públicos (especialmente la transparencia, en función del tipo de datos afectados) y el derecho a la protección de datos personales, pues esta ponderación viene impuesta por la vigencia de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales.¹⁴⁵⁵

Ciertamente, el propio artículo 60.1 de la Ley 30/1992 dispone que si el órgano competente apreciar que la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos, se limitará a publicar en el diario oficial que corresponda una somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer en el plazo que se establezca para conocimiento del contenido íntegro mencionado acto y constancia de tal conocimiento. Y entre estos derechos protegibles que limitarían el contenido de la publicación se encuentra precisamente el de protección de datos personales. Pero dicha previsión legal deja en manos de la Administración Pública decidir cuándo publica o no datos personales, cuando es una norma con rango de ley la que debería determinarlo.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2010 se refiere a un caso en que, con base en el artículo 59.5 de la Ley 30/1992, se publicó en un Boletín Oficial una resolución sancionadora que expresaba el delito cometido, y entiende que la finalidad pretendida con la notificación podría haberse obtenido sin mencionar el concreto delito, por lo que quedó vulnerado el derecho a que sus datos de carácter personal. Sobre la base de lo expuesto en dicha sentencia, el Dictamen de la Agencia Vasca de Protección de Datos de 20 de septiembre de 2010¹⁴⁵⁶ concluye que en los casos en que la Ley 30/1992 autoriza la publicación es conveniente que “sea valorada por el órgano que ordena la publicación cuáles sean los datos de carácter personal mínimos o imprescindibles que deban ser publicados para cumplir adecuadamente la finalidad que dicha publicación persigue”.¹⁴⁵⁷ Concretando más, la Recomendación 1/2008 de la Agencia Catalana de

¹⁴⁵⁵ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pg. 258.

¹⁴⁵⁶ Relativo a los datos que deben incluirse en las notificaciones publicadas en el Boletín Oficial del País Vasco y tablones edictales de los Ayuntamientos.

¹⁴⁵⁷ En la misma línea FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., "La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización, Nuevas Políticas Públicas", *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº. 1, 2005.

Protección de Datos¹⁴⁵⁸ recomienda que “en aquellos supuestos en que, de acuerdo con lo que establezca la legislación vigente, la publicación sustituya o complemente la notificación de actos administrativos que contengan datos de carácter personal”, la publicación “se limite a una breve indicación del contenido del acto y el lugar y el plazo donde pueden comparecer las personas interesadas con el fin de tener conocimiento íntegro del acto de que se trate, siempre que ello no impida alcanzar la finalidad de la publicación”.

b) Publicación de información administrativa no consistente en actos administrativos

La transparencia administrativa implica la publicidad activa por parte de las Administraciones Públicas, que no se limita a publicar actos administrativos, sino que abarca también la publicación de información administrativa, la cual también puede contener datos de carácter personal. En estos casos también es necesario que exista alguno de los supuestos del artículo 11 LOPD, en particular, una autorización legal.

Y parte de la doctrina, como se ha expuesto, viene entendiendo que esta autorización legal debe ser específica.¹⁴⁵⁹ Por ello, la doctrina, fuera del caso de los actos administrativos (cuya publicación sí está regulada en la Ley 30/1992, artículos 59 y 60), entiende que la publicación de información personal en poder de la Administración está prohibida con carácter general, al carecer de la autorización legal exigida por la LOPD, y que la ley que prevea dicha publicación tendrá que respetar los criterios de ponderación entre transparencia y privacidad para respetar todos los derechos constitucionales en juego.¹⁴⁶⁰ Así, se ha entendido que la normativa de protección de datos personales no facilita en general el principio de “transparencia Administrativa”, sucediendo que “la LOPD no contempló como límite al derecho fundamental a la protección de datos personales un derecho de acceso a información administrativa sin interés legítimo ni previó una publicación

¹⁴⁵⁸ Recomendación 1/2008, de la Agencia Catalana de Protección de Datos, sobre la difusión de información que contenga datos de carácter personal a través de Internet.

¹⁴⁵⁹ En este sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pg. 112. Aunque, FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS señalan que “tales habilitaciones específicas son sumamente costosas desde el punto de vista de los parámetros de funcionamiento de un sistema parlamentario como el nuestro, siendo probablemente desproporcionado exigir un grado de detalle tal al legislador en relación con todos y cada uno de los ámbitos en los que operan las Administraciones Públicas”. (FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., “La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización, Nuevas Políticas Públicas”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº. 1, 2005).

¹⁴⁶⁰ GUICHOT REINA, E., “La comunicación de datos personales en poder de la Administración. Aspectos generales y especialidades derivadas de la comunicación por vía telemática”, en AA.VV., *Administración Electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Coord. COTINO HUESO, L., y VALERO TORRIJOS, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 805.

generalizada de información administrativa con datos personales a instancias de la Administración”.¹⁴⁶¹

Asimismo, FERNÁNDEZ SALMERÓN y VALERO TORRIJOS¹⁴⁶² han destacado que en muchas ocasiones la información publicada consiste en actuaciones materiales no formalizadas que tienen lugar al margen de la tramitación de un procedimiento administrativo, de manera que es la propia Administración la que pone a disposición de los ciudadanos determinados datos sin venir obligada a ello por norma alguna, tratándose de una “decisión puramente discrecional”. En estos casos no existe una disposición normativa que ampare el carácter obligatorio de esta publicación activa¹⁴⁶³, “lo que sin duda podría constituir un obstáculo de gran trascendencia a la hora de que su objeto pudiera extenderse a datos de carácter personal ya que, según dispone el artículo 11 LOPDP, su comunicación sólo puede tener lugar cuando medie el consentimiento de los afectados”. En conclusión, según estos autores, la difusión informativa no puede vulnerar los límites de los artículos 35 a) y 37 de la Ley 30/1992, de manera que “salvo disposición legal en contrario, no cabría difundir la información perteneciente a los procedimientos administrativos en curso ni tampoco, sobrepasando los límites que contempla el último de los preceptos citados, aquella que obre en los registros administrativos o se integre en documentos relativos a expedientes ya terminados”.

c) El principio de proporcionalidad aplicado a las publicaciones

Asimismo, las publicaciones que implican cesión de datos personales deben respetar el principio de calidad o proporcionalidad, que impone que el acceso o publicación de la información se produzca con la menor injerencia posible en el derecho fundamental a la protección de datos personales (tratados) y a la

¹⁴⁶¹ Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, sobre publicación de datos personales en boletines y diarios oficiales en Internet, en sitios Web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos, pgs. 8 y 9.

¹⁴⁶² FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización”, Nuevas Políticas Públicas”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº. 1, 2005.

¹⁴⁶³ Refiriéndose a la publicidad en los procedimientos administrativos de concurrencia competitiva (entre los que figuran los procesos selectivos de acceso al empleo público), CHAVES GARCÍA entiende que, a diferencia de la publicación en Boletines Oficiales, que está regulada por disposiciones legales, la publicidad a través de páginas Webs sólo se ampara en normas reglamentarias o en la simple praxis administrativa, concluyendo que “ha de entenderse supeditada la validez a la existencia de cobertura normativa suficiente, ya que si no cuenta con tal amparo habrá de reputarse una extralimitación de la Administración actuante al manejar los datos por la vía de hecho”. CHAVES GARCÍA, J.R., “Publicidad en sistemas de concurrencia competitiva y protección de datos. Los tiempos están cambiando. Actos públicos, publicidad en boletines y difusión”, en AA.VV., IV Encuentro de Agencias autonómicas de protección de datos. *Un encuentro necesario entre derechos concurrentes*, organizado por la Agencia Vasca de Protección de Datos y celebrado en Vitoria los días 23 y 24 de octubre de 2007).

intimidad.¹⁴⁶⁴ Como indica TRONCOSO REIGADA, hay que valorar y ponderar dos extremos: por un lado, el nivel de injerencia de la publicación en el derecho a la protección de datos personales (que depende del grado de publicidad, del plazo de cancelación, del tipo de dato personal publicado, es decir, si es o no de público conocimiento, y de las consecuencias negativas para el titular de los datos) y, por otro lado, el interés público real en el acceso a esa información administrativa que contiene datos personales. Además, como añade el citado autor, deberá aplicarse también el juicio de necesidad, determinado si la publicación planteada es necesaria para alcanzar el fin público perseguido con la publicación, y si existe alguna otra forma de publicación que, limitando menos el derecho a la protección de datos personales, consiga el mismo fin.¹⁴⁶⁵

Por tanto, el principio de proporcionalidad prohíbe la publicación de datos excesivos. Al respecto, la Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, sobre publicación de datos personales en boletines y diarios oficiales en Internet, en sitios Web institucionales y en otros medios electrónicos y telemáticos, ha señalado que “no

¹⁴⁶⁴ Sobre el principio de proporcionalidad en la protección de datos personales puede verse PIÑAR MAÑAS, J.L., “La protección de datos”, en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Volumen 7, Coord. CANO CAMPOS, T., Iustel, 2009, pg. 211 y ss.

Por su parte, TOSCANO GIL indica que el juicio de proporcionalidad implica tres juicios: a) El juicio de idoneidad a la publicación del acto administrativo, es decir, si ésta puede alcanzar el fin perseguido por la misma, b) el juicio de necesidad, que implica valorar si el medio elegido para realizar la publicación es el que permite obtener el fin de la publicación con el menor nivel posible de injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos, y c) el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, que consiste en la ponderación entre, por un lado, los fines públicos obtenidos con la publicación y, por otro lado, el derecho fundamental afectado. (La distinción entre los conceptos de ponderación y proporcionalidad ha sido analizada por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en su obra *la ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, quien equipara la ponderación a la proporcionalidad en sentido estricto).

En cuanto al juicio de necesidad, destaca TOSCANO GIL que no es lo mismo publicar en boletines o diarios oficiales, que tienen el carácter de fuente accesible al público, conforme al art. 3.j) LOPD, que en tabloneros de anuncios u otros medios de publicación distintos, ya que los boletines oficiales son fuentes accesibles al público, y los datos de carácter personal contenidos en éstos pueden ser tratados sin el consentimiento de su titular, cuando “su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado” (artículos 6.2 y 11.2.b. LOPD). Y en los casos de los artículos 59.6 y 60.1 de la Ley 30/1992, el medio de publicación queda abierto, por lo que “la elección de la publicación en diarios o boletines oficiales, cuando pueda alcanzarse el mismo fin, con igual eficacia, a través de otros medios de publicación, no pasaría el juicio de necesidad, por constituir una medida más restrictiva del derecho”.

En cuanto al juicio de proporcionalidad en sentido estricto, concluye que corresponde realizarlo al responsable del tratamiento de los datos, y que no se puede resolver de forma genérica, sino casuísticamente, teniendo en cuenta el fin de la publicación, el medio elegido y el tipo de dato personal de que se trate. (TOSCANO GIL, F., “Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal”, *RGDA*, nº. 31, 2012).

¹⁴⁶⁵ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 764.

parece razonable en muchas ocasiones la publicación del DNI en un boletín oficial cuando la persona puede ser convenientemente identificada sin necesidad de publicar este dato”.¹⁴⁶⁶

En este sentido, IGLESIAS FRÍAS destaca que algunos Estados europeos disponen de mecanismos de acceso restringido, tales como publicar el texto como imagen o evitar la indexación automática de dichos documentos, así como, en el caso de Luxemburgo, en su portal LEGILUX, en el apartado de actos administrativos individuales, no se permite la búsqueda textual si el documento contiene datos de carácter personal. Postula así IGLESIAS FRÍAS que “se potencie las publicaciones referenciales o en extracto, se publiquen los nombres de forma abreviada, y se evite publicar más datos de los necesarios”, entendiéndose que “con esta medida, la Administración será poseedora de toda la información y de los datos personales que obren en el expediente. Los interesados sabrán leer la información que les afecta y, el resto de los ciudadanos tendrá conocimiento de las actuaciones de la Administración en la materia de que se trate”.¹⁴⁶⁷

Por otro lado, el nivel tolerable de injerencia en los datos personales varía según la tipología del dato personal, es decir, según que se trate de datos públicos y no íntimos, o se trate de datos íntimos¹⁴⁶⁸, debiendo distinguirse distintos supuestos: por inaparte, los datos especialmente protegidos (sobre ideología, afiliación, religión o creencias) y sobre salud, raza o vida sexual, otros datos afectantes a la intimidad (donde entran en juego conceptos como el privacidad), y otros datos que no se refieren a la vida privada o familiar, sino a las relaciones profesionales, laborales y económicas, datos éstos últimos que admiten una mayor injerencia o acceso de terceros.¹⁴⁶⁹

¹⁴⁶⁶ Pg. 15 de la Recomendación.

IGLESIAS FRÍAS alude al caso del profesorado de educación de adultos en los centros penitenciarios de la Comunidad de Madrid, que, por cuestiones de seguridad personal, solicitaron que las publicaciones en boletín oficial de las adjudicaciones de puestos no incluyeran sus datos personales. Al respecto, la Agencia autonómica de Protección de Datos, respondiendo a una consulta, señaló que el principio de publicidad rige en las provisiones de puestos de trabajo del personal funcionario de acuerdo con la normativa general y específica, pero que cabía la oposición del interesado al tratamiento de datos de acuerdo con el artículo 6.4 de la LOPD, en cuyo caso procedería cifrar sus datos en la Resolución de adjudicación de puestos que se publique en el Boletín Oficial. No obstante, IGLESIAS FRÍAS entiende que la difusión pública de datos personales no era un caso de tratamiento de ficheros de datos personales, por lo que no procedía aplicar dicho artículo 6.4 de la LOPD, sino más bien el artículo 61 de la Ley 30/1992. (IGLESIAS FRÍAS, E., “Transparencia versus privacidad. Publicaciones nominativas en el Boletín Oficial del Estado”, AA, nº. 13, 2005).

¹⁴⁶⁷ IGLESIAS FRÍAS, E., “Transparencia versus privacidad. Publicaciones nominativas en el Boletín Oficial del Estado”, AA, nº. 13, 2005.

¹⁴⁶⁸ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 76 y ss.

¹⁴⁶⁹ En este círculo ubica TRONCOSO REIGADA los datos personales sobre retribuciones y puestos de cargos públicos y funcionarios, así como la información de personas con actividad política, que tiene relevancia para la formación de una opinión pública libre. Este grupo de datos sí admite un mayor grado de publicidad, y el citado autor incluye aquí las retribuciones y puestos de cargos públicos y funcionarios.

Por otro lado, como indica TRONCOSO REIGADA, debe existir un interés público en la difusión de la información administrativa, recordándonos que el Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 5 de noviembre de 1955, establece que las injerencias sobre la vida privada y familiar solo son legítimas si son necesarias para la sociedad democrática.

El principio de proporcionalidad exige también analizar qué nivel de publicidad es suficiente para satisfacer la finalidad perseguida con dicha publicidad.¹⁴⁷⁰ Así, existen varios niveles de publicidad, que, de menor a mayor injerencia en la protección de datos personales, serían éstos: acceso a una información administrativa en un registro público, acceso y copia de un expediente administrativo, publicación de información en un Boletín Oficial en papel, publicación de información en un tablón de anuncios, publicación de la información en una Intranet, publicación de la información en un espacio privado en Internet, y publicación de la información abiertamente en Internet, por ejemplo, en un boletín oficial publicado electrónicamente. La publicación en boletín oficial es la mayor injerencia en el citado derecho de protección de datos personales.

El conflicto entre el derecho a la protección de datos y las publicaciones de información ha sido planteado también ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ha dictado la sentencia de 9 de noviembre de 2010¹⁴⁷¹, resolviendo sendas cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial alemán relativas a diversas normas comunitarias que establecen la publicación de información relativa a los beneficiarios de fondos europeos¹⁴⁷² en un sitio Web único de cada Estado miembro, pudiendo los ciudadanos consultarla durante dos años a través

¹⁴⁷⁰ La mencionada Recomendación 2/2008 señala que el juicio de proporcionalidad “obliga a analizar (...) si se puede alcanzar el mismo fin con un menor nivel de intrusión en el derecho fundamental a la protección de datos personales”. (Pg. 11).

¹⁴⁷¹ Caso Schecke y Eifert, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09.

¹⁴⁷² Concretamente, los artículos a) 42, punto 8 ter, y 44 bis del Reglamento (CE) nº. 1290/2005 del Consejo, de 21 de junio de 2005, sobre la financiación de la política agrícola común, en su versión modificada por el Reglamento (CE) nº. 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007; el Reglamento (CE) nº. 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento nº. 1290/2005 en lo que se refiere a la publicación de información sobre los beneficiarios de fondos procedentes del Fondo Europeo Agrícola de Garantía (FEAGA) y del Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural (Feader) (DO L 76, p. 28), y la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

Subsidiariamente, para el caso de que el Tribunal de Justicia entendiera que la mencionada normativa no era inválida, se solicitaba la interpretación del artículo 7, del artículo 18, apartado 2, segundo guión, y del artículo 20 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

de una función de búsqueda que permite buscar los beneficiarios por nombres, municipios e importes recibidos.

El órgano judicial alemán plantea las cuestiones prejudiciales al entender que la publicación de ayudas prevista por la citada normativa podía lesionar de modo injustificado el derecho fundamental a la protección de los datos personales, por entender que, aunque tal normativa tiene la finalidad de aumentar la transparencia sobre la utilización de los fondos europeos, no mejora la prevención de las irregularidades, por lo que concluye que no es proporcionada al objetivo perseguido, lesionando el citado derecho fundamental.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que es preciso determinar si tal injerencia en la vida privada de los beneficiarios de las ayudas está justificada de acuerdo con el artículo 52 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que dispone que el citado derecho fundamental puede ser limitado válidamente *“siempre que tales limitaciones estén establecidas por la ley, respeten el contenido esencial de dichos derechos y libertades y, respetando el principio de proporcionalidad, sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión Europea o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”*.

Y a este respecto, el Tribunal admite que la publicidad discutida responde a una razón de interés general reconocida por la Unión Europea, consistente en aumentar la transparencia sobre la utilización de los fondos comunitarios y mejorar la correcta gestión financiera de estos, en particular intensificando el control público del dinero empleado. Ahora bien, en cuanto a la cuestión de si la injerencia en el derecho fundamental es proporcionada a este objetivo, el Tribunal considera que ni el Consejo ni la Comisión tuvieron en cuenta otras formas de publicar la información que fueran menos lesivas para el derecho de los beneficiarios, tales como *“la limitación de la publicación de los datos nominales de dichos beneficiarios en función de los períodos durante los cuales hubieran percibido ayudas, de la frecuencia de éstas o, incluso, del tipo y magnitud de las mismas”*. Añade la sentencia que, antes de divulgar la información, las Instituciones europeas debieron haber realizado una ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto, sin que exista una primacía automática de la transparencia frente al derecho a la protección de datos personales. Como consecuencia de lo expuesto, la sentencia afirma que los preceptos impugnados son inválidos *“en la medida en que obligan, por lo que respecta a las personas físicas beneficiarias de ayudas del FEAGA y del FEADER, a publicar datos de carácter personal de todos los beneficiarios, sin establecer distinciones en función de criterios pertinentes, tales como los períodos durante los cuales dichas personas han percibido estas ayudas, su frecuencia o, incluso, el tipo y magnitud de las mismas”*.

Las conclusiones alcanzadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 9 de noviembre de 2010 pueden considerarse excesivamente restrictivas para la transparencia administrativa, la cual, sobre la

base de los criterios en ella expuestos, quedaría muy mermada.¹⁴⁷³ Así, la transparencia propia de un sistema democrático exige que los ciudadanos puedan conocer, sin necesidad de estar formulando peticiones individualizadas, quiénes son destinatarios de las ayudas públicas. Y la publicidad de esta información, como mucho, podría limitarse en cuanto al tiempo de permanencia de esos datos en Internet. En definitiva, las conclusiones alcanzadas por la citada sentencia comunitaria fomentan el oscurantismo de las Administraciones Públicas y, por tanto, dificultan el control social y fomentan la impunidad.

En todo caso, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea plantea dudas acerca de la normativa española sobre publicaciones, la cual podría considerarse lesiva del citado derecho de protección de datos personales, y contraria a la Carta Europea de Derechos Fundamentales, por no incluir esa ponderación ni los criterios citados por la sentencia europea. En cuanto al artículo 59.5 de la Ley 30/1992¹⁴⁷⁴, puesto en conexión con el artículo 60 de la misma ley (que exige que la publicación contenga el texto íntegro del acto objeto de la comunicación), y con el artículo 11.1 de la Ley 11/2007 (que prevé dicha publicación a través de medios electrónicos), podría entenderse lesivo del citado derecho fundamental, por desproporcionado. No obstante, entraría en juego el artículo 61 de la Ley 30/1992 que permite que el órgano competente, si aprecia que “la notificación por medio de anuncios o la publicación de un acto lesiona derechos o intereses legítimos”, se limite a publicar una “somera indicación del contenido del acto y del lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocimiento del contenido íntegro del mencionado acto”. Según VALERO TORRIJOS¹⁴⁷⁵, este artículo 61 “pasaría a convertirse en regla general, ya que al fin y al cabo un alto porcentaje de los actos administrativos contienen referencias de personas físicas y, en consecuencia, no deberían ser difundidos en los términos en que habitualmente suelen ser publicados”.

Por otro lado, el artículo 18 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, obliga a publicar las ayudas concedidas “*con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, beneficiario, cantidad concedida y finalidad o finalidades de la subvención*”. Ciertamente,

¹⁴⁷³ En esta línea, señala GUICHOT que “se trata, me parece, de una jurisprudencia que puede considerarse restrictiva”. (GUICHOT REINA, E., www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx, pg. 79).

¹⁴⁷⁴ Según el cual “*cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien, intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de anuncios en el tablón de edictos del Ayuntamiento en su último domicilio y en el Boletín Oficial del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la Provincia, según cual sea la Administración de la que se proceda el acto a notificar, y el ámbito territorial del órgano que lo dictó*”.

¹⁴⁷⁵ VALERO TORRIJOS, J., VALERO TORRIJOS, J., “¿Vulnera el derecho a la protección de datos personales la publicación de información administrativa en Internet? Algunas enseñanzas para el Derecho español a propósito de la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010”, *Datospersonales.org, la revista de la APDCM*, volumen nº. 50, 2011.

también dispone que no será necesaria la publicación de los datos del beneficiario, cuando *“en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas en virtud de lo establecido en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y haya sido previsto en su normativa reguladora”*.

Sin embargo, entiende VALERO TORRIJOS¹⁴⁷⁶ que, “tanto esta última remisión a una ulterior regulación como, sobre todo, la ausencia de referencia alguna a la protección de los datos personales, evidencian la inadecuación de dicha normativa a las exigencias derivadas de la sentencia comentada”. Por ello concluye que es el momento de que el legislador español revise la actual redacción de las habilitaciones de difusión de información administrativa concretando los criterios que, al menos, habrán de tener en cuenta las Administraciones Públicas a la hora de proceder a la difusión de datos personales de los ciudadanos.

En este contexto, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, establece en su artículo 5 sobre publicidad activa que *“serán de aplicación, en su caso, los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14 y, especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15. A este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos”*. Por tanto, somete a la difusión activa a los mismos límites que el derecho de acceso a la información pública (lo cual merece una valoración positiva por su coherencia), y en particular, la impide si se trata de datos especialmente protegidos.

Debemos destacar, en todo caso, que, para promulgar leyes que impongan la publicación de oficio de información administrativa que contenga datos personales, deberá tenerse en cuenta que la STC 292/2000 señaló que los límites al derecho fundamental a la protección de datos personales deben cumplir las siguientes condiciones para ser constitucionales: han de venir establecidos por ley (artículos 53.1 y 81 CE), han de estar justificados y solo lo están “si responden a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos”, y siempre que el límite sea necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo. Y deben respetar el contenido esencial del citado derecho fundamental. Por tanto, como indica TRONCOSO REIGADA, la habilitación legal para la cesión no consentida de datos personales ha de respetar el principio de proporcionalidad, que exige que el tratamiento de datos personales sea adecuado, pertinente y no excesivo en relación con la finalidad perseguida.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁷⁶ Ob. cit.

¹⁴⁷⁷ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 762.

Además, la realización de publicaciones a través de Internet afecta al principio de proporcionalidad en la cesión de datos, ya que, como indica TRONCOSO REIGADA¹⁴⁷⁸, la publicación electrónica supone una mayor injerencia en el derecho fundamental a la protección de datos personales, al hacer la información más accesible y facilitar el tratamiento de los datos personales. Al respecto, los preceptos de la Ley 30/1992 sobre publicación (artículos 35 y 37) comprenden también la publicación de actos administrativos en Internet, en virtud de su interpretación de acuerdo con la realidad social actual, prevista en el artículo 3 del Código Civil.¹⁴⁷⁹

Por su parte, el artículo 12 de la Ley 11/2007 establece que *“la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente”*. Esta previsión puede parecer no respetuosa con el principio de proporcionalidad, pues no establece una graduación de los medios de publicidad (en papel o en Internet) en función de la finalidad de la publicación y de la injerencia que supone en el derecho fundamental a la protección de datos.

En relación con la publicación en Internet de los boletines oficiales, la Ley 11/2007, en su artículo 11, se limita a prever que la publicación en los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa. Y añade que la publicación del BOE en la sede electrónica del organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que se determinen reglamentariamente, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables. Por tanto, dicho artículo 11 no aclara las relaciones entre la publicación de los Boletines Oficiales en Internet y el derecho a la protección de datos personales. Ahora bien, ambos artículos 11 y 12 deben ser interpretados de forma sistemática con el artículo 4.a) de la propia Ley 11/2007, que dispone la utilización de las tecnologías de la información respetará el derecho a la protección de datos de carácter personal en los términos establecidos por la en las demás leyes específicas que regulan el tratamiento de la información y en sus normas de desarrollo, así como respetará los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar.

Por ello, concluye GUICHOT que la publicación a través de tabloneros de anuncios ubicados en Internet requiere una ponderación cuando el acceso a la

¹⁴⁷⁸ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 66.

¹⁴⁷⁹ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pg. 259, y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., “Protección de datos personales y Administración electrónica”, *REPD*, nº. 1, 2006, y “La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de los datos personales”, *RARAP*, nº. 26, 2005.

información afecta a la protección de datos personales, debiendo estarse a la finalidad de la publicación. Así, por ejemplo, en el caso de subvenciones y licencias, entiende que procede una publicación abierta en Internet, pero ceñida a los datos relacionados directamente con la necesidad de transparencia administrativa.¹⁴⁸⁰ Y, por los mismos motivos de proporcionalidad, destaca la necesidad de determinar qué tipo de actos pueden ser objeto de dicha publicación y/o de que las normas reguladoras de dichos Boletines puedan prever la exención de la publicación de datos personales cuando el órgano que dictó el acto, tras ponderar el interés al que sirve la publicación y los daños que puede causar, considere que prevalecen estos últimos.¹⁴⁸¹

Como indica la mencionada Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, el legislador, cuando determina la existencia de un interés público que justifica la publicidad de una información personal, “no concreta siempre y en todos los casos la forma de la publicidad –boletines oficiales, sitios Web en Internet, espacio privado en Internet, Intranet, tabloneros de anuncios- ni fija los concretos datos personales que deben hacerse públicos. Esto obliga a tener especialmente presente la aplicación del principio de proporcionalidad”.¹⁴⁸²

Finalmente, el artículo 4.5 LOPD dispone que “*los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados*”. Por ello, indica TRONCOSO REIGADA¹⁴⁸³ que los órganos administrativos que ordenan la publicación deben fijar también el plazo transcurrido el cual el acceso a la información debe bloquearse.¹⁴⁸⁴ Por tanto, no respeta el principio de proporcionalidad la publicación eterna de determinados datos personales cuando ésta haya dejado de ser necesaria.¹⁴⁸⁵ Y, en cuanto a la publicación de actos administrativos, lo razonable es bloquear la información de la edición electrónica del boletín oficial cuando hayan finalizado los plazos administrativos de los trámites relacionados con dichos actos, tales como el plazo de alegaciones o de recurso. Por ello, en defecto de una previsión legal expresa, los órganos administrativos

¹⁴⁸⁰ GUICHOT REINA, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pgs. 261 y 262.

¹⁴⁸¹ Op.cit., pg. 262.

¹⁴⁸² Pg. 11 de la citada Recomendación 2/2008.

¹⁴⁸³ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 70.

¹⁴⁸⁴ Debiendo cancelarse tales datos cuando ya no sean necesarios para cumplir la finalidad para la que fueron publicados, y debiendo realizarse de oficio por el órgano responsable del fichero o tratamiento. (DAVARA RODRÍGUEZ, M., *Acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, La Ley, El consultor de los ayuntamientos y los juzgados*, Las Rozas (Madrid), 2010, pg. 660).

¹⁴⁸⁵ Ver TRONCOSO REIGADA, A., “El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales”, *Datospersonales.org, Revista de la APDCM*, nº. 59, 31 de octubre de 2012.

que ordenan la publicación de una información deben fijar también el plazo necesario de publicación, transcurrido el cual la información debe bloquearse”.¹⁴⁸⁶

También señala la citada Recomendación 2/2008 que “la obligación de cancelar la información cuando ha dejado de ser necesaria se aplica también a la publicación de datos personales en un espacio privado en Internet, en una intranet y en tablones de anuncios, que debe limitarse al plazo necesario e imprescindible para el ejercicio de las correspondientes acciones”.¹⁴⁸⁷

1.2.- La transparencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público

1.2.1.- La difusión de oficio de la información administrativa sobre acceso al empleo público

El Estatuto Básico del Empleado Público contiene las siguientes referencias a la publicidad:

1) Publicidad en los procedimientos de selección de empleados públicos y de provisión de puestos:

- El artículo 55.2 EBEP establece, para la selección del personal funcionario y laboral, que los procedimientos garantizarán el principio de *“publicidad de las convocatorias y de sus bases”*.

- Respecto de los procesos selectivos de consolidación de empleo temporal, la Disposición Transitoria Cuarta EBEP dispone que *“garantizarán el cumplimiento de los principios de (...) publicidad”*.

- Para el personal interino, el artículo 10.2 EBEP dispone que *“la selección de funcionarios interinos habrá de realizarse mediante procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de (...) publicidad”*.

- Para el personal directivo profesional, el artículo 13.2 EBEP establece que su designación *“se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia”*.

¹⁴⁸⁶ Pgs. 13 y 14 de la referida Recomendación.

¹⁴⁸⁷ Pg. 14 de la mencionada Recomendación. En esa línea, TOSCANO GIL señala que en las publicaciones de los artículos 59.5 y 59.6 de la Ley 30/1992, al ser el fin de la publicación la comunicación del acto al interesado y la integración de la eficacia del acto, dicho fin queda cumplido con el transcurso del plazo para interponer los correspondientes recursos, por lo que, transcurrido dicho plazo, no procede mantener la publicación accesible al público. (TOSCANO GIL, F., TOSCANO GIL, F., “Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal”, *RGDA*, nº. 31, 2012).

- Respecto de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera, el artículo 78.1 EBEP dispone que se basarán “en los principios de (...) y publicidad”.

Sin embargo, el EBEP en estos artículos no dice exactamente en qué consiste la publicidad (qué actos o informaciones concretos deben publicarse y por qué medios). Solamente concreta más en los siguientes casos:

- El artículo 55.2 EBEP se refiere a la “*publicidad de las convocatorias y de sus bases*” y el artículo 80.1, respecto de la libre designación del personal funcionario de carrera, como sistema de provisión de puestos, se refiere a la “*libre designación con convocatoria pública*”.

- En dos supuestos hay referencia expresa a la publicación de la resolución del procedimiento: así, en relación con los concursos de funcionarios con habilitación de carácter estatal, la Disposición Adicional Segunda EBEP ordena la publicación en Boletines Oficiales de las resoluciones de dichos concursos, y el artículo 62.1 EBEP dispone que el nombramiento de los funcionarios “*será publicado en el Diario Oficial correspondiente*”.

2) Respecto de la negociación colectiva, el EBEP establece, en su artículo 38.6 que la Autoridad competente ordenará la publicación en Boletín Oficial de los Pactos y Acuerdos adoptados, y el artículo 33.1 EBEP dispone que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos “*estará sujeta a los principios de (...) publicidad*”.

3) También se prevé la publicación en Boletín Oficial de la Oferta de empleo público o instrumento similar (artículo 70.2 EBEP) y el artículo 74 establece que las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares “*serán públicos*”.

4) El artículo 12.2 EBEP dispone respecto del personal eventual que su número máximo y las condiciones retributivas “*serán públicas*”.

Como puede verse, en unos casos la publicidad opera como publicación de determinados actos contenidos en el proceso selectivo (bases, convocatoria, resolución final, nombramientos....), y en otros casos tiene por objeto dar a conocer aspectos que afectan a la cobertura de puestos públicos (como la publicación de la OEP y de la RPT, o la publicación del número máximo y las condiciones retributivas del personal eventual). También la finalidad de la publicidad difiere: en unos casos, se trata de asegurar la libre concurrencia mediante un llamamiento generalizado y conocido por la ciudadanía (por ejemplo, las convocatorias y bases reguladoras de los procesos selectivos), en otros se trata de asegurar el conocimiento de los actos por los interesados, y en otros casos se trata de suministrar información para la formación de la opinión pública en orden al control democrático por la ciudadanía.

Por otro lado, la publicación de información administrativa, si contiene datos personales, afecta al derecho fundamental a la protección de datos, ya que

constituye una cesión de datos a terceros (y además de manera indiscriminada), por lo que es preciso distinguir entre publicaciones que no implican cesiones de datos personales y publicaciones que sí las implican.

A) Publicación de informaciones y actos administrativos integrantes del procedimiento selectivo que contienen datos personales¹⁴⁸⁸

En los procesos de acceso al empleo público existe un claro interés público que justifica la publicidad, tanto debido al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, como a la salvaguarda de la actuación objetiva por parte de las Administraciones Públicas establecida en el artículo 103 CE, a cuyo aseguramiento contribuye el control social. Ahora bien, como se ha expuesto, la publicación de información administrativa, si contiene datos personales, afecta al derecho fundamental a la protección de datos, ya que constituye una cesión de datos a terceros (y además de manera indiscriminada), por lo que, en defecto del consentimiento de los interesados, y de acuerdo con el artículo 11 LOPD, cuando la publicidad implique publicación de datos personales, deberá estar amparada en la correspondiente autorización legal.

En el ámbito de los procesos selectivos de acceso al empleo público, respecto de la publicación de actos administrativos, la autorización legal figura en el artículo 59.6 de la Ley 30/1992, que dispone que *“la publicación, en los términos del artículo siguiente, sustituirá a la notificación surtiendo sus mismos efectos en los siguientes casos: (...) b) Cuando se trata de actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva de cualquier tipo. En este caso, la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, careciendo de validez las que se lleven a cabo en lugares distintos”*.

Dentro de los actos que integran el procedimiento selectivo, TRONCOSO REIGADA¹⁴⁸⁹ distingue entre el resultado final del proceso (la lista de aprobados) y los actos de trámite (tales como el listado de admitidos y excluidos, la baremación de méritos, la valoración de los exámenes, o el listado de personas que no han aprobado el proceso selectivo), señalando que la habilitación legal para efectuar publicación es solamente para la resolución, que es el resultado final. Además, y de acuerdo con el principio de calidad o proporcionalidad, que implica que sólo

¹⁴⁸⁸ Tanto la difusión activa de información sobre el procedimiento selectivo que contenga datos personales, así como la tramitación por medios electrónicos de dicho procedimiento selectivo, implica la creación de ficheros de titularidad pública que contienen datos de carácter personal, por lo que deberán cumplirse las obligaciones y garantías sobre ficheros de datos de titularidad pública previstas en la LOPD. Ver al respecto lo expuesto por BUEYO DÍEZ JALÓN, M^a., en “El tratamiento de datos de carácter personal por las Administraciones Públicas versus el derecho fundamental a la privacidad: los ficheros públicos”, *RGDA*, n.º. 23, 2010.

¹⁴⁸⁹ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, *op.cit.*, pgs. 66 y 116.

deben publicarse aquellos datos estrictamente necesarios para satisfacer el interés público (la transparencia administrativa), considera que no debe publicarse la totalidad de dicha resolución, sino solamente la identidad de los participantes aprobados y los puntos totales obtenidos por cada uno, pero no la motivación detallada de la resolución.¹⁴⁹⁰ Incluso entiende que no procede publicar la puntuación final obtenida, sino que bastaría con el orden de prelación.¹⁴⁹¹ Igualmente, en el caso de acceso al empleo público por el turno reservado a personas con discapacidad, procede indicar esta circunstancia con una letra, pero no indicar de qué tipo de discapacidad se trata, o de qué grado es la misma.

Respecto de los actos de trámite en los procesos selectivos, entiende TRONCOSO REIGADA¹⁴⁹² que no es necesario para satisfacer el interés público que se produzca su publicación en un boletín oficial o abiertamente en Internet. Y la publicación en Internet puede perjudicar intereses legítimos de los titulares de dichos datos. Por ejemplo, como indica el citado autor, no es adecuado que una persona que trabaja en una empresa privada tenga que soportar que su jefe descubra, a través de una publicación administrativa en Internet, que ha participado en procesos selectivos de acceso al empleo público. Por tanto, respecto de los actos de trámite procede efectuar su publicación en una Intranet o en un espacio privado en Internet¹⁴⁹³, que permita solamente el acceso a la información a los participantes en el proceso selectivo y a quienes acrediten un interés legítimo (entre los que estarían las asociaciones que luchan contra la corrupción) y no se produzca una cesión de datos indiscriminada.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁹⁰ Al respecto, la mencionada Recomendación 2/2008, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, recomienda que “la publicación en relación con estos procedimientos en los Boletines o Diarios Oficiales en Internet, se produzca únicamente en relación con los datos relativos al nombre, apellidos y número del Documento Nacional de Identidad, ordenados en virtud de la puntuación total obtenida, y nombramiento como funcionarios de carrera de las personas que obtuvieron las plazas”.

En esta misma línea, la Recomendación 1/2008 de la Agencia Catalana de Protección de Datos, sobre la difusión de información que contenga datos de carácter personal a través de Internet, recomienda que “en el caso de la publicación del resultado de los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva, salvo que la normativa específica reguladora de la materia establezca lo contrario, limitar la publicación a la indicación de los participantes seleccionados, sin hacer mención de la valoración obtenida ni de los participantes que hayan sido descartados”.

¹⁴⁹¹ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 834, que destaca también que el Informe del Defensor del Pueblo Europeo, de 25 de septiembre de 2002, “*The misus of data protection rules in th European Union*”, ha señalado que la publicidad en los procesos selectivos alcanza únicamente al nombre de los seleccionados.

¹⁴⁹² TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 66.

¹⁴⁹³ El acceso limitado queda garantizado exigiendo para el acceso a estos espacios electrónicos una identificación de la persona a través de mecanismos fiables, como la firma electrónica avanzada.

¹⁴⁹⁴ También la citada Recomendación 2/2008, de 25 de abril, de la Agencia de Protección de Datos Personales de la Comunidad de Madrid, recomienda que “la publicación de actos administrativos de trámite referentes a procedimientos de concurrencia competitiva en Boletines o Diarios Oficiales en Internet o en sitios Web institucionales sea sustituida por la

En realidad, respecto de los actos de trámite de los procedimientos selectivos, lo que postula no es una publicación (pues no se da acceso a la ciudadanía), sino el ejercicio del derecho de acceso al expediente administrativo por parte de los interesados (los participantes) reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/1992, con la particularidad de que se realiza mediante acceso electrónico.¹⁴⁹⁵ O, como mucho, postula el acceso en los términos del artículo 37 de la Ley 30/1992, es decir, exigiendo interés legítimo y directo en el solicitante de acceso.¹⁴⁹⁶ En esta misma línea, GUICHOT señala que considera razonable, en el caso de los procedimientos competitivos, la publicación en una página Web sujeta a clave, por entender que en estos casos la publicidad tiene por finalidad posibilitar el control por parte de las personas que concurren en el procedimiento.¹⁴⁹⁷

El artículo 59.6 de la Ley 30/1992 se refiere literalmente a la publicación de “actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva”, por lo que no se limita a la resolución final. Otra cosa es que, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos personales, y, en particular, de acuerdo con el principio de calidad y proporcionalidad, no proceda publicar ni en boletín oficial, ni en Internet con acceso indiscriminado, las informaciones de los participantes que no sean estrictamente necesarias para la finalidad de la transparencia administrativa. El citado autor entiende que esta finalidad está salvaguardada con la publicación limitada de la resolución final del proceso selectivo.

Pero la transparencia tal y como es entendida actualmente (a nivel nacional e internacional) va más allá, implicando el acceso a la información por cualquier ciudadano sin necesidad de acreditar interés legítimo, así como la difusión abierta y de oficio de información por la Administración. Si la ciudadanía tiene que conformarse con saber que una determinada persona ha superado un proceso selectivo, sin tener acceso a ninguna otra información sobre los candidatos seleccionados y sobre el desarrollo del proceso selectivo, el grado de transparencia será muy bajo. Porque el ciudadano no tendrá elementos de juicio sobre la mínima legalidad y justicia del proceso selectivo.

utilización de un espacio privado, con acceso restringido, en los sitios Web institucionales”. Se refiere, en particular, a la baremación parcial de los méritos de los ciudadanos afectados, y a las calificaciones obtenidas por los aspirantes en los distintos exámenes y pruebas realizadas, las adaptaciones concedidas a dichos aspirantes que concurren por el turno de discapacidad y la convocatoria de los aspirantes para realizar los exámenes o proceder a la lectura de los mismos.

¹⁴⁹⁵ También GUICHOT entiende que en los procedimientos competitivos es razonable la publicación en la web sujeta a clave porque la publicidad en este caso pretende posibilitar el control por los concurrentes del desarrollo de las pruebas y calificaciones. (GUICHOT, E., *Publicidad y privacidad...*, op.cit., pg. 270).

¹⁴⁹⁶ También la ley ordena la publicación de la OEP, las bases reguladoras, la convocatoria, la fecha y lugar de celebración de la primera prueba, pero son informaciones que no contienen datos personales.

¹⁴⁹⁷ GUICHOT REINA, E., *Transparencia versus...*, op.cit., pg. 89.

Ciertamente, la transparencia administrativa no requiere que se publiquen abiertamente las resoluciones sobre excluidos o no aprobados. En estos casos, son los excluidos o no aprobados los que defenderán su interés. Pero entre esta información y la resolución final, hay un camino respecto del cual sí habría que suministrar más datos a la ciudadanía, para la salvaguarda de la transparencia administrativa y el consiguiente control social.

En todo caso, como se ha indicado, al tratarse en su mayoría de documentos nominativos, la legislación actual (artículo 37 de la Ley 30/1992) no reconoce el derecho acceso a la información por cualquier tercero sin necesidad de acreditar interés legítimo y directo. Y, en cuanto al texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, que contiene un Capítulo dedicado a la publicidad activa, nada añade en dicho ámbito respecto de la información sobre procesos selectivos.

Finalmente, y como ya se ha indicado, el principio de calidad exige que los datos personales estén accesibles mientras ello sea necesario para satisfacer el interés público que habilitó su publicación, por lo que es preciso que la normativa fije el plazo transcurrido el cual la información debe bloquearse. Concretamente indica TRONCOSO REIGADA que sí es razonable mantener pública la resolución de nombramiento de un empleado público, pero que no tiene sentido que se mantenga publicada en una Intranet de empleados públicos la información histórica sobre los resultados de los participantes en pruebas selectivas, cuando ya han transcurrido los plazos de impugnación, en cuyo caso procede la cancelación de dicha publicación.¹⁴⁹⁸

Por su parte, el EBEP concreta muy poco sobre la publicación de los actos integrantes del proceso selectivo, limitándose a imponer el principio de publicidad de la convocatorias y bases de los procesos selectivos, que son actos generales sin datos personales, y la publicación en Boletín Oficial de los nombramientos de personal funcionario (artículo 62.1) y de las resoluciones de los concursos de los funcionarios con habilitación de carácter estatal (Disposición Adicional Segunda). Nada dispone sobre el resto de actos integrantes del proceso selectivo. En cuanto al personal funcionario interino y directivo, se limita a imponer el respeto al principio de publicidad (artículos 10.2 y 13.2), y nada dispone sobre el personal laboral fijo ni temporal (ni siquiera la publicación de su nombramiento). Por su parte, la Ley 30/1984 solamente preveía en su artículo 19 la convocatoria pública para la selección de personal funcionario y laboral por las Administraciones Públicas.

El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional

¹⁴⁹⁸ TRONCOSO REIGADA, A., "Transparencia...", op.cit., pg. 70.

de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, ha previsto lo siguiente para los procesos de selección de personal funcionario de carrera:

- Los Tribunales serán nombrados, salvo excepción justificada, en cada orden de convocatoria, por lo que se hacen públicos al figurar en dicha orden, la cual se publica (artículo 11).

- La lista de admitidos y excluidos en el procedimiento de selección debe publicarse en el BOE (artículo 20).

- Según su artículo 22, *“los Tribunales o las Comisiones Permanentes de Selección harán pública la relación de aprobados por orden de puntuación en los locales en donde se haya celebrado la última prueba”* y dicha relación también se publicará en el BOE.

- Los nombramientos deberán publicarse en el BOE (artículo 25).

Para el personal laboral el citado Real Decreto solamente prevé la publicidad de la convocatoria. Y para el personal temporal (funcionario interino o laboral) nada dispone expresamente sobre qué actos deben ser objeto de publicación.

Debe destacarse que, en el caso de los procesos selectivos de acceso a los Cuerpos docentes universitarios, la ley ha regulado la publicación del currículum de los miembros de los órganos de selección. Estos procedimientos selectivos se integran de dos fases, la de acreditación nacional y la de obtención de una plaza mediante los concursos de méritos en cada Universidad.

En cuanto a la primera fase, la de acreditación nacional, el legislador ha establecido su tramitación con arreglo al principio de publicidad a pesar de no tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva, para salvaguardar el derecho fundamental del artículo 23.2 CE, ya que el levantamiento del velo de la opacidad facilita el control social sobre estos procedimientos en los que tantos favoritismos y discriminaciones se han producido históricamente. La publicación se articula a través de dos aspectos: la publicación del currículum de los miembros de los órganos de selección, y la publicación de los resultados de la evaluación de cada candidato. Así, el artículo 57.2 LOU, que establece que *“los currículos de los miembros de las comisiones de acreditación se harán públicos tras su nombramiento”*.

Respecto de la segunda fase (los concursos de méritos en cada Universidad), el artículo 62.3 LOU establece que se harán públicos los currículos de los miembros de las comisiones y el artículo 64.2 LOU establece que *“en los concursos de acceso, las universidades harán pública la composición de las comisiones (...). Una vez celebrados, harán públicos los resultados de la evaluación de cada candidato, desglosada por cada uno de los aspectos evaluados”*. El Real Decreto 1313/2007, de 5 de octubre, por el que se regula el régimen de los concursos de acceso a Cuerpos docentes universitarios añade que se harán públicos los criterios para la adjudicación de las plazas y, una vez

celebrados los concursos, también los resultados de la evaluación de los candidatos que no obtienen la plaza.

Por su parte, la Disposición Adicional Vigésimo Primera de la Ley Orgánica 4/2007 trata la cuestión de la protección de datos de carácter personal, estableciendo que *“el Gobierno regulará, previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, el contenido de los currículos a los que se refieren los [artículos 57.2 y 62.3](#)”*, y que *“el Gobierno regulará, previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, el contenido académico y científico de los currículos de los profesores e investigadores que las universidades y las agencias o instituciones públicas de evaluación académica y científica pueden hacer público, no siendo preciso en este caso el consentimiento previo de los profesores o investigadores”*. El desarrollo reglamentario, informado por la Agencia Española de Protección de Datos, se ha llevado a cabo en los Reales Decretos 1312/2007 y 1313/2007.

Concretamente, el citado Real Decreto 1312/2007 detalla que, *“para garantizar la transparencia y objetividad en la designación de los miembros de las comisiones de acreditación, la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación publicará el contenido de los currículos de los miembros titulares y suplentes”*, el cual *“comprenderá el nombre y los apellidos, la institución en la que desarrolla su actividad principal, el puesto que desempeña y la información relativa a los apartados del anexo sobre criterios de evaluación”*. Y el Real Decreto 1313/2007 señala que *“a fin de garantizar la transparencia y objetividad en el nombramiento de los miembros de las Comisiones que resolverán los concursos de acceso, la Universidad convocante publicará el contenido de los currículos de los miembros, respecto a los datos recogidos en el Anexo del Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios de las Comisiones”*.

Sin embargo, entiende TRONCOSO REIGADA¹⁴⁹⁹ que la evaluación desglosada por apartados no debe ofrecerse de manera abierta al público (mediante publicación en el correspondiente boletín oficial o abiertamente en Internet), sino solamente en el ámbito universitario, mediante una Intranet o espacio privado en Internet, porque este mecanismo garantiza suficientemente el control social de estos procesos selectivos.

En cuanto a la legislación autonómica, no existen grandes avances normativos en cuanto a la publicidad activa a nivel de disposiciones con rango de ley. Puede destacarse el Anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón, que establece la obligatoriedad (artículo 65.3), para todas las Administraciones Públicas incluidas en su ámbito de aplicación, de difusión de las convocatorias de procesos selectivos de acceso y sus bases mediante su inclusión preceptiva en el Portal del Empleo Público de Aragón. Pero se trata de una información no referida

¹⁴⁹⁹ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 123.

a datos personales de los participantes en dichos procesos, sino referida específicamente a la convocatoria.¹⁵⁰⁰

Una vez expuesta la normativa vigente, y, en aras del principio de transparencia, la conclusión es que resulta absolutamente necesario que la normativa incorpore la publicidad en los siguientes aspectos:

1) La publicación de las resoluciones de aprobados en los procesos selectivos de personal funcionario de carrera y laboral fijo, con expresión de las calificaciones obtenidas en las pruebas o en las baremaciones de méritos.

2) La publicación de los nombramientos de personal temporal (funcionario interino y laboral temporal), con expresión del procedimiento de nombramiento o contratación y la normativa aplicable al mismo.

3) La publicación de la identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los miembros de los órganos selectivos, así como el procedimiento a través del cual han sido nombrados, con referencia a la normativa aplicable al mismo. El contenido del currículum profesional puede ser similar al establecido por el Real Decreto 1312/2007 en el ámbito universitario. Si la imparcialidad y profesionalidad son rasgos esenciales de los órganos de selección, la publicación de estos datos se impone por las mismas razones por las que se ha impuesto la publicación de los currículos profesionales en el ámbito del personal docente de las Universidades.

4) La publicación de la identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los asesores de los órganos de selección¹⁵⁰¹.

En cuanto al resto de actos de trámite, tales como las listas de admitidos y excluidos, no es tan intenso el requerimiento del principio de transparencia, de manera que bastaría con su publicación restringida a los interesados en el procedimiento selectivo, mediante la publicación en la sede electrónica del Ente convocante, pero con acceso restringido a los participantes en el proceso selectivo. En este caso, más que de transparencia abierta a toda la ciudadanía, se trata de facilitar el derecho de acceso de los interesados al expediente administrativo (reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/1992).

5) En el ámbito del personal eventual, debe publicarse su nombramiento, por el hecho de tratarse de empleados públicos y venir su nombramiento determinado por la libertad de determinados órganos (sin tramitarse ningún proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad). La publicación es totalmente necesaria para que, a través del control social, se

¹⁵⁰⁰ Puede destacarse que el artículo 10 La Ley 29/2010, de 3 de agosto, de Uso de los Medios Electrónicos en el Sector Público de Cataluña, determina la obligación de los Entes Locales de publicar en su sede electrónica las actas de las sesiones del pleno.

¹⁵⁰¹ En el Capítulo 4 de esta tesis doctoral se ha defendido la improcedencia de nombrar asesores de los órganos de selección. Pero, si la ley sigue postulando esta posibilidad, entonces deben ser objeto de publicación los extremos aquí indicados.

dificulte el excesivo uso de este tipo de personal fuera de los supuestos legalmente permitidos. Otra cosa será que legalmente se establezcan excepciones a esta publicidad, en casos en que el carácter reservado de las funciones a desarrollar por este personal impida el conocimiento público de su designación, por razones tales como la seguridad nacional.

Las exigencias expuestas sobre publicidad o difusión activa en materia de procesos selectivos y de asignación de empleos públicos es consustancial para que exista un grado de transparencia administrativa suficiente como para permitir el control social en el ámbito del acceso al empleo público. Y no cabe entender que la ley que autorice estas cesiones de información lesione el derecho fundamental de protección de datos personales, ya que es una injerencia perfectamente justificada por el interés público muy relevante al que responde (la transparencia administrativa y el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como la salvaguarda del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE), y es proporcionada a la citada finalidad.

B) Publicación de actos integrantes del procedimiento selectivo que no contienen datos personales

En el presente apartado se analiza la publicación de las bases reguladoras, la convocatoria y otros actos de trámite, que no contienen datos de carácter personal. La publicación en estos casos tiene por objeto asegurar la concurrencia en el procedimiento selectivo. En este sentido, es obvio que la publicidad es un principio esencial en materia de selección para el acceso al empleo público, porque permite la concurrencia de los participantes, al permitir que éstos conozcan la existencia del procedimiento y de sus trámites. Así, aunque la Constitución no establece expresamente el principio de publicidad en el artículo 23.2, es claro que el mismo es instrumental de los principios de mérito y capacidad. Así, la Ley 30/1984 estableció que se seleccionaría al personal de las Administraciones públicas “*mediante convocatoria pública*”, imponiendo la garantía del principio de publicidad.

Por su parte, el EBEP concreta muy poco sobre la publicación de los actos integrantes del proceso selectivo. Solamente establece la “*publicidad de las convocatorias y de sus bases*” para la selección del personal funcionario y laboral (artículo 55.2). Literalmente cabe entender incluido aquí al personal funcionario interino y al laboral temporal, ya que este artículo no distingue. Pero, para evitar otras interpretaciones, era conveniente que así lo hubiera explicitado.

En cuanto se refiere a los requisitos que debe reunir la publicación, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de 25 de octubre de 1983, destaca que la publicación “ha de ser lo suficientemente eficaz”, de modo que, como ya indicaron las SSTS de 21 de mayo de 1987 y 26 de septiembre de 1984, la publicidad

consistente en la inserción en los boletines oficiales es la única capaz de garantizar la posibilidad del conocimiento exacto de su contenido para la generalidad de las personas. Además, como también indican las SSTS de 7 de noviembre de 1994 y 16 de mayo de 1991, no basta con incluir en el texto del Boletín Oficial la convocatoria, sino que debe figurar en el sumario del Boletín, pues lo contrario mermaría el conocimiento de la convocatoria.

Se han planteado problemas prácticos en relación con la publicidad en los procesos de selección de empleo público temporal. Así, debe indicarse que la publicidad no puede ser eliminada en los procesos de selección de personal interino. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en la sentencia de 30 de abril de 2008 que ni siquiera la urgencia para contratar personal temporal excusa del deber de realizar las publicaciones en el correspondiente boletín oficial, no admitiendo la publicidad edictal. Como indica dicha sentencia, la urgencia debe actuar para que el Ente convocante acelere los trámites para cubrir las plazas y en este sentido remita rápidamente los oficios a los Organismos responsables de los boletines oficiales, pero no permite utilizar medios inadecuados para cumplir la obligación de publicidad.

Otra cosa es que la publicación en el boletín oficial de los procesos de contratación de personal interino no tenga sentido cuando existe el sistema de bolsas de empleo, si bien las bases reguladoras de dicho sistema deben ser adecuadamente publicadas, así como, si se trata de bolsas que se nutren de los participantes en los procesos selectivos de acceso a personal funcionario, debe figurar la existencia de dicho mecanismo en la convocatoria y bases de dichos procesos selectivos. En otro caso, deberá efectuarse convocatoria pública para confeccionar la bolsa de empleo.

Por otro lado, debe destacarse que existen muchos problemas de falta de publicidad de las convocatorias en el ámbito de los Entes Públicos sometidos a Derecho Privado y en las Entidades Privadas pertenecientes al Sector Público (sociedades y fundaciones). Como ejemplo representativo, puede citarse el Real Decreto 264/2011, de 28 de febrero, por el que se aprueba la Oferta estatal de empleo público para el año 2011, cuyo artículo 7, relativo a la “contratación laboral fija en las Entidades Públicas Empresariales y Entes públicos”, establece que “el anuncio de las convocatorias a que se hace referencia en los dos párrafos anteriores se publicará, al menos, en un periódico de ámbito nacional e incluirá, como mínimo, el número de plazas y la categoría objeto de la convocatoria, así como el lugar o lugares en que se encuentren expuestas las bases completas”. Esta previsión es totalmente insuficiente para asegurar la publicidad de los procesos selectivos de estos Entes, y por tanto es inconstitucional.¹⁵⁰² Sin embargo, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional.

¹⁵⁰² En este sentido, la sentencia del TSJ de Cantabria de 2 de junio de 2005 indicó que la publicidad en el correspondiente boletín oficial es un deber también para los Entes Públicos sometidos al Derecho privado, como es el caso de las Autoridades Portuarias.

Así, el Auto 272/1998, resolvió sobre el recurso de amparo interpuesto por una aspirante contra la resolución que la había excluido del procedimiento de obtención de una de las 110 becas convocadas por AENA para realizar los Cursos Básicos de Formación de Controladores de la Circulación Aérea en la Sociedad Estatal para las Enseñanzas Aeronáuticas, para la obtención de la Licencia de Controlador Aéreo. La obtención de esta Licencia permitía ser contratado temporalmente por AENA. Como puede verse, no se trata de procedimientos de acceso a la condición de funcionario público, pero sí afectan al acceso al empleo laboral en un Ente Público, por lo que está en juego el artículo 14 CE, y, por tratarse de empleo público (laboral), rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Pues bien, la publicidad de la convocatoria se realizó por AENA no en el BOE, sino en prensa. A este respecto, el Tribunal Constitucional señala que “el hecho de que no se hubiera publicado la convocatoria en el «Boletín Oficial del Estado» no impide que se hayan satisfecho las exigencias de publicidad, visto que la publicación se hizo en diversos medios de prensa, alguno de ellos de difusión nacional”. Por tanto, según esta doctrina, los ciudadanos interesados en trabajar en AENA tendrían que leerse todos los días todos los periódicos de tirada nacional, por si acaso se convoca algún proceso selectivo de AENA. Es evidente que la garantía de la publicidad de las convocatorias no se ve satisfecha de esta manera, pues su finalidad es que los ciudadanos puedan tener conocimiento de las convocatorias, y, para ello, es fundamental tener una fuente de referencia a la que acudir, no una ingente cantidad de periódicos a la libre elección del Ente convocante. La interpretación realizada por esta sentencia del Tribunal Constitucional resulta, por tanto, inadmisibile desde la perspectiva del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad.

En esta línea, CUADRADO ZULOAGA¹⁵⁰³ analiza el caso del Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León, que es un Ente Público de Derecho Privado, perteneciente a la Administración Institucional de la Comunidad de Castilla y León, y que no utiliza el Boletín Oficial como medio de difusión para publicitar las convocatorias de procesos selectivos de su personal laboral, sino que utiliza tablones de anuncios y su propia página web. Al respecto, considera el citado autor que en la Ley 30/1992, el principio de publicidad se instrumenta a través de los Boletines o Diarios Oficiales (artículos 52.1, 59.4 y 5.b) y 86.2), así como también sucede así en la legislación sectorial (expropiación forzosa, urbanismo, etc.).

Además, añade que el Boletín Oficial es el medio de divulgación más amplio y accesible para el común de los ciudadanos, y que la cuestión afecta al principio de libre concurrencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público, pues si el Boletín Oficial correspondiente no recogiera las convocatorias

¹⁵⁰³ CUADRADO ZULOAGA., “Publicidad de las convocatorias de selección de personal en el Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León”, AA, nº.13, 2007.

de todos los Entes dependientes de la Administración Pública de que se trate, “se dificultaría enormemente la tarea de los destinatarios de esos actos para acceder a su conocimiento, toda vez que les exigiría consultar regularmente todas y cada una de las particulares páginas web correspondientes a las distintas esferas departamentales de la estructura organizativa de dicha Administración regional, o acudir *in situ* con asiduidad a todos y cada uno de los respectivos centros de trabajo al objeto de acceder directamente al contenido de los tablones de anuncios”.

Cita además las siguientes sentencias: la STSJ de Cataluña de 14 de febrero de 1997, que anula una convocatoria pública de ayudas por publicarlas solamente en tablones de anuncios, las SSTS de 23 de marzo de 1993, 14 de abril de 1999 y 31 de mayo de 2000 que el anuncio del procedimiento de concurrencia competitiva para adjudicación de farmacias no puede limitarse al tablón de anuncios del Colegio Oficial de Farmacéuticos, sino que debe publicarse en el correspondiente Boletín Oficial, pues en caso contrario podría disminuirse de forma efectiva y trascendental la concurrencia real de los interesados en participar. También destaca la STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 2006, que, también con base en el principio de libre concurrencia eficaz, declara que la convocatoria de los procesos de selección del personal de organismos públicos, sea cual sea el tipo de personal, ha de producirse en Boletín Oficial, sin que se suficiente utilizar tablones de anuncios.

Por su parte, en referencia a las sociedades y fundaciones del Sector Público, DOMINGO ZABALLOS¹⁵⁰⁴ señala que faltan preceptos concretos que indiquen el modo y medio concreto de la publicidad de sus convocatorias, concluyendo que, en defecto de desarrollo reglamentario, serán los Estatutos de sociedades y fundaciones los que regulen la cuestión. En todo caso, entiende que no es preciso imponer la publicidad en Boletines Oficiales, pero sí exige, como mínimo, que “se facilitará su consulta accediendo a la página Web e insertará en algún medio escrito (y diario) de comunicación entre los de mayor implantación en el territorio donde se despliegue la actividad de la empresa o fundación pública” y que también es “conveniente que el anuncio resumido de la convocatoria e íntegramente las bases cuelguen del tablón de anuncios o espacio similar en la sede de la entidad convocante y, de existir, se recojan en el Boletín informativo de la Entidad Pública de referencia, así, por ejemplo, en el Boletín municipal”. Entendemos, sin embargo, que procede la publicación en boletín oficial electrónico y, además, como se postula en esta tesis doctoral, en una Web unificada a nivel nacional.

Debe realizarse también una referencia a la publicidad de las bases y convocatorias de las Corporaciones Locales. Sobre esta cuestión, el artículo 91 de

¹⁵⁰⁴ DOMINGO ZABALLOS, M.J., “Capítulo 27. Notas sobre la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Dir., BALLESTEROS ARRIBAS, S., La Ley, el Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011, pg. 876.

la ley 7/1985 establece que los procesos selectivos se realizarán mediante convocatoria pública, y el artículo 97 precisa que *“los anuncios de convocatorias de pruebas de acceso a la función pública local y de concursos para la provisión de puestos de trabajo deberán publicarse en el Boletín Oficial del Estado”,* y que *“las bases se publicarán en el Boletín Oficial de la Provincia, salvo las relativas a las convocatorias de pruebas selectivas para la obtención de la habilitación de carácter nacional, que se publicarán en el Boletín Oficial del Estado”.* Como puede apreciarse, el régimen de boletines varía, según el tipo de funcionario, pero, en todo caso, se da conocimiento de todas las convocatorias en el BOE, lo que realmente facilita la posibilidad de los aspirantes de participar en los numerosos procesos selectivos existentes en los más de 8.000 municipios españoles, sin tener que estar consultando los numerosos Diarios Oficiales provinciales, lo cual sería *de facto* una tarea imposible por ingente y abrumadora.

No obstante, deberían publicarse en el BOE no solamente las convocatorias, sino también las bases completas, para favorecer su conocimiento, salvo que los boletines oficiales de las provincias estén disponibles a través de Internet, en cuyo caso su consulta es sencilla, una vez que se conoce la existencia del proceso selectivo mediante la publicación de la convocatoria en el BOE.

La situación ha mejorado en la actualidad en virtud de los medios electrónicos, pues los Boletines Oficiales de las Provincias suelen estar accesibles a través de Internet, pero resulta difícil imaginar, antes de la generalización del uso de Internet, cómo un opositor que observara un anuncio en el BOE, podía obtener un ejemplar del correspondiente boletín oficial de la provincia para conseguir conocer las características exactas de las bases reguladoras y poder presentar su instancia dentro del plazo concedido al efecto. Realmente, este sistema no satisface para nada las exigencias del principio de publicidad.

En desarrollo de la normativa legal básica se dictó el artículo 6 del Real Decreto 896/1991, para los funcionarios locales propios, el cual no tiene carácter básico, que añade que las bases reguladoras y las convocatorias se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia, *“en el Boletín Oficial de la comunidad autónoma y, en su caso, en otros diarios oficiales o en el periódico oficial de la corporación interesada”.* Y añade que las convocatorias se publicarán en el BOE. Respecto a la publicación del anuncio de las convocatorias en el BOE especifica que *“deberá contener: Denominación de la escala, subescala y clase para cuyo ingreso se convocan las pruebas selectivas, corporación que las convoca, clase y número de plazas, con indicación de las que se reserven, en su caso, a promoción interna, así como las que se reserven para personas con minusvalías, fecha y número del boletín o diarios oficiales en que se han publicado las bases y la convocatoria”.*

Sobre este punto, en cuanto se refiere a los funcionarios propios de los Entes Locales, resulta auténticamente excesivo tener que publicar las bases reguladoras en tantos boletines oficiales, pues se añade el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma, lo cual considero innecesario, en el caso de que el Boletín

Oficial de la Provincia esté accesible a través de Internet, pues la convocatoria ya ha sido conocida a través del BOE, que remite a aquel Boletín. En este sentido, CASTILLO BLANCO¹⁵⁰⁵ alude al entorpecimiento para la agilidad en la tramitación de los procesos selectivos que puede producirse por la necesidad de tantas publicaciones en diversos boletines oficiales, ante lo cual considera que la publicidad íntegra de las bases podría limitarse al Boletín Oficial de la Provincial o al de la Comunidad Autónoma.

En conclusión, entendemos que la legislación básica debería disponer que todas las convocatorias y bases reguladoras de procesos de acceso a empleos en las Administraciones Públicas y todas las demás Entidades del Sector Público se publiquen en Boletín Oficial, ya que este medio es el que mejor garantiza el conocimiento por todos de los procesos selectivos.¹⁵⁰⁶ Y debe indicar de forma expresa que esta obligación afecta a los procesos de acceso a puestos de personal funcionario interino y laboral temporal, y a los puestos de trabajo de todas las Entidades del Sector Público, incluidas sociedades y fundaciones del Sector Público.

También se plantean problemas con la publicidad de otros actos del procedimiento selectivo distintos de la convocatoria y las bases reguladoras, respecto de los cuales ninguna norma con rango de ley dispone nada, quedando la cuestión en manos del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate. Así, en cuanto se refiere a la publicidad de la fecha y lugar de celebración de las pruebas, el Real Decreto 364/1995, para la Administración General del Estado, dispone que la resolución que aprueba la lista de admitidos y excluidos debe publicarse en el BOE, indicando los lugares en que se encuentran expuestas al público las listas certificadas completas de aspirantes admitidos y excluidos, así como indicará también el lugar y fecha de comienzo de los ejercicios y, en su caso, el orden de actuación de los aspirantes.

Sobre la indicación del lugar y fecha de celebración de las pruebas, el Real Decreto 364/1995 establece que “una vez comenzados los procesos selectivos no será obligatoria la publicación de los sucesivos anuncios de la celebración de las restantes pruebas en el Boletín Oficial del Estado. En dicho supuesto estos anuncios deberán hacerse públicos por el órgano de selección en los locales donde se haya celebrado la prueba anterior, con doce horas, al menos, de antelación al comienzo de éste, si se trata del mismo ejercicio, o de veinticuatro horas, si se trata de uno nuevo”. Esta regla, teniendo en cuenta los medios

¹⁵⁰⁵ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 39 y ss.

¹⁵⁰⁶ La publicidad de las convocatorias y sus bases se satisface con su difusión en los Boletines Oficiales de las Administraciones correspondientes. Cabe publicarlas también en periódicos y otros medios de comunicación, pero esta publicidad solo debe ser complementaria y no sustitutiva de la publicación en Boletines Oficiales. (PÉREZ GÓMEZ, J.M., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, pg. 492).

tecnológicos de comunicación e información actuales es totalmente insuficiente: la fecha y lugar de celebración de todos y cada uno de los ejercicios o pruebas debe publicarse en la sede electrónica de la Administración convocante, teniendo efectos desde dicha publicación, tal y como se indica en el apartado sobre uso de medios electrónicos e Internet.

C) Publicación de información sobre la cobertura de puestos, la RPT y la OEP

El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos laborales y funcionariales (artículos 14 y 23.2 CE) requiere que los puestos que responden a necesidades estructurales sean incluidos en la relación de puestos de trabajo y en la correspondiente Oferta de empleo público, así como, una vez incluidos en estos instrumentos, se tramiten los correspondientes procesos selectivos.

Sin embargo, uno de los mayores problemas relacionados con esta cuestión es la falta de transparencia sobre la cobertura de los empleos públicos. En la medida en que el ciudadano no es conocedor de esta información, no puede reclamar que se regularicen las relaciones de puestos de trabajo y se aprueben las correspondientes Ofertas de empleo público, en las que se incluyan todos los puestos de trabajo que proceda según la legislación vigente. Y, por tanto, no puede reclamar que se convoquen y tramiten los correspondientes procedimientos selectivos para su cobertura. Asimismo, las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público no sufren una adecuada presión social (a través del conocimiento público de su actuación) que las impulse a realizar dichas actuaciones. Por tanto, el campo para el fraude y el clientelismo está abonado.

El principio de transparencia administrativa implica que la ciudadanía debe disponer de la información sobre la relación de puestos de trabajo de todas las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, con indicación, además, de qué tipo de personal está cubriendo en la realidad cada puesto: es decir, si es un funcionario de carrera, un funcionario interino, personal laboral temporal, etc. Por tanto, es necesario publicar permanentemente qué tipo de personal está ocupando cada puesto, para que la opinión pública y los interesados en acceder a los empleos públicos puedan conocer en todo momento si se está respetando la normativa sobre cobertura de empleos públicos.

Sobre la publicidad de información sobre la cobertura de puestos, la RPT y la OEP, el EBEP se limita a establecer en su artículo 70.2 que la Oferta de empleo público o instrumento similar deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente, y en su artículo 74 que las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares “*serán públicos*”. Por tanto, las previsiones son escasas e insuficientes.

Lo expuesto significa que la ley debe imponer a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público que hagan pública en Internet la siguiente información (tal y como se expone en el Capítulo 6 de la presente tesis):

- La relación de puestos de trabajo (RPT).

- La indicación, en dicha RPT, del modo en que, en cada momento, está cubierto cada puesto de trabajo: es decir, qué tipo de personal lo está ocupando (funcionario, funcionario interino, contratado laboral fijo, contratado laboral temporal o contratado laboral indefinido no fijo), especificando, en el caso de los empleos temporales, de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (de interinidad, por exceso o acumulación de tareas, para ejecución de programas, etc.).

- Indicación, en cada puesto de trabajo, de las alertas que el programa informático de gestión y control de puestos de trabajo y contrataciones (a que nos referimos en el Capítulo 6 de la presente tesis) formule sobre irregularidades en la cobertura de las plazas. De esta forma, por ejemplo, si una plaza ocupada por un funcionario interino no ha sido incluida en la correspondiente OEP, el ciudadano tendrá conocimiento de ello.

- Qué porcentaje de los efectivos de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate es personal eventual (de confianza o asesoramiento), funcionario de carrera, funcionario interino, laboral fijo y laboral temporal.

- Listado de personal funcionario interino y laboral temporal contratado que no ocupe puestos de trabajo de la RPT, con indicación de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (por sustitución, por eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato, y su duración máxima. Indicación en dicho listado de personal de aquellos contratos o nombramientos que se han excedido en su duración u otras circunstancias, según las alertas del programa informático al que se ha hecho referencia (por ejemplo, si un contrato laboral para ejecución de un programa temporal ha superado el límite temporal máximo). Esta información contiene datos personales, pero por ley puede autorizarse la cesión de dichos datos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 LOPD. Dicha ley de autorización de la cesión sería además respetuosa con el derecho fundamental a la protección de datos y a la intimidad, puesto que el conocimiento de la regularidad de los nombramientos de empleados públicos (aunque sean temporales) es un interés que justifica la publicidad de esos datos personales, y constituye una medida proporcionada, puesto que, como se ha expuesto, es esencial que exista un control social sobre la regularidad en la adjudicación de los empleos públicos, y sólo así se pueden posibilitar las reclamaciones de los ciudadanos interesados en la cobertura regular de todos los empleos públicos.

- Sentencias judiciales que reconozcan la condición de personal laboral indefinido no fijo. Esta información contiene datos personales, pero por ley puede

autorizarse la cesión de dichos datos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 LOPD. Si el EBEP dispone expresamente que se publiquen oficialmente los nombramientos de personal laboral fijo y temporal, igualmente deben publicarse las resoluciones (judiciales en su mayoría) que reconocen la condición de personal laboral indefinido no fijo. Incluso esta publicación es, si cabe, más necesaria, por cuanto la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate viene obligado a cubrir ese puesto de trabajo por los procedimientos ordinarios, circunstancia ésta que debe poder ser controlada por los ciudadanos interesados en cubrir dicho puesto de trabajo a través del correspondiente procedimiento legalmente previsto.

- Contratos de servicios menores y negociados celebrados, con indicación del procedimiento de adjudicación, el adjudicatario y las funciones exactas que comprenden. Así, puede apreciarse si la Administración Pública o Entidad del Sector Público de que se trate está celebrando contratos administrativos de servicios para funciones propias del personal laboral o funcionario, de manera que la ciudadanía puede conocer que se están produciendo casos de externalización fraudulenta o que se está dando empleo de forma encubierta a personas que no han superado los correspondientes procesos selectivos de acceso al empleo público, y atacarlo por las vías procedimentales correspondientes. Esta publicación contiene igualmente datos personales, pero si la ley la impone estará justificada y proporcional respecto de la finalidad de transparencia perseguida.

Asimismo, y como se indica en el siguiente apartado, la ley debe establecer que esta información sea suministrada en la sede electrónica de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate, porque la transparencia exige la mayor accesibilidad posible a la información, accesibilidad que, en su grado máximo, tiene lugar a través de Internet.

Y, adicionalmente, la ley debe prever que el ciudadano que consulta esta información pueda solicitar el tratamiento de la misma, dando instrucciones a través de Internet, en el sentido de obtener esta información clasificada. En particular, que pueda solicitar (con suministro inmediato y automático de esta información por el programa informático *on line*) qué puestos vacantes de la RPT cubiertos por funcionarios interinos o por personal laboral interino no han sido incluidos en la OEP, así como (clasificado por categorías de tipos de interinidad y tipos de contratos laborales) qué nombramientos o contratos han excedido los límites temporales máximos.

Por otro lado, esta publicidad en Internet no debería hacerse en la sede electrónica de cada Administración o Ente del Sector Público, sino en una página Web única y unificada domiciliada en la sede electrónica de la Administración General del Estado, donde figure, clasificada por Entes, la información relativa a empleo público de cada uno de ellos.

Lo aquí propuesto se entiende sin perjuicio de lo que disponga la futura ley de transparencia que se apruebe por las Cortes Generales, y en el sentido de que,

si dicha ley de transparencia no recogiera estas medidas, deberían ser incluidas en la legislación básica de empleo público.

1.2.2.- Las bases reguladoras y la convocatoria de los procesos selectivos

La referencia expresa a la necesidad de que la selección de empleados públicos vaya precedida de la publicación de unas bases reguladoras y la convocatoria puede parecer superflua en la actualidad. Pero lo cierto es que todavía hoy en día se producen situaciones (no tan aisladas) que dan lugar a quejas. Aunque habitualmente se dictan simultáneamente las bases y la convocatoria de los procesos selectivos, se trata de trámites distintos: las bases son los criterios formales y materiales reguladores del proceso selectivo, y la convocatoria es el "llamamiento exteriorizado formalmente".¹⁵⁰⁷

Una cuestión muy discutida por la doctrina y la jurisprudencia ha sido la naturaleza jurídica de las bases (sin son reglamentos o actos administrativos). No procede detallar la cuestión en esta tesis doctoral, limitándonos a señalar que más bien se trata de actos administrativos de carácter general, es decir, actos administrativos dirigidos a una pluralidad indeterminada de destinatarios¹⁵⁰⁸.

En cuanto al contenido de las bases reguladoras, podemos distinguir un contenido sustantivo y un contenido formal o procedimental. El primero alude a los requisitos exigidos a los aspirantes, el sistema de selección y, en su caso, los criterios de selección aplicables, y las vacantes convocadas. El segundo se refiere a los distintos trámites del procedimiento: duración máxima y fases del mismo (presentación de solicitudes, subsanaciones, listas de admitidos y excluidos, celebración de las pruebas en su caso, etc.). Teniendo en cuenta que existen muchas normas reglamentarias que regulan el contenido que han de tener las bases reguladoras, puede concluirse que éstas, como mínimo, han de regular los siguientes extremos:

- Las vacantes ofertadas, indicando, si están adscritas a personal laboral, el grupo y, en su caso, categoría, y si se trata de personal funcionario, el Cuerpo, Escala, Subescala, etc. de que se trata. Han de especificar además las plazas reservadas a promoción interna y, en todo caso, la Oferta de empleo público en la que figuren las vacantes. Deberá indicarse la titulación académica requerida para ocuparlas.

¹⁵⁰⁷ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 47. El propio Ordenamiento Jurídico parece confundir ambos conceptos, pudiendo citarse como ejemplo el Real Decreto 896/1991, en el que se habla de las bases de la convocatoria.

¹⁵⁰⁸ En este sentido, puede citarse a CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 39 y ss., y las SSTs de 23 de mayo de 1987, 19 de septiembre de 1994 o 10 de marzo de 1999.

- En relación con los discapacitados, debe indicarse la adopción de medidas por el órgano de selección para asegurar que estos participantes estén en condiciones de igualdad con el resto de participantes durante la celebración de los ejercicios que tengan lugar.

- Los requisitos que deben reunir los participantes, que vienen fijados por la ley. Los requisitos vienen establecidos con carácter general en el artículo 56 EBEP. Es posible que la legislación en casos específicos pueda establecer otros requisitos, pero siempre dentro del respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad. En todo caso, sí parece claro que estos requisitos habrán de ser establecidos por una norma con rango de ley. Al respecto, el artículo 56.3 EBEP establece que *“podrá exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos que guarden relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar. En todo caso, habrán de establecerse de manera abstracta y general”*.

- Las normas jurídicas aplicables al proceso selectivo (empezando por el propio EBEP).

- El sistema de selección (oposición, concurso-oposición o concurso) por el que se opta, especificando si existen cursos de formación en Escuelas Especializadas, si tales cursos son selectivos o no, o si hay periodo de prácticas. Deberá indicarse también cuáles son las consecuencias de la no superación de estos cursos, dependiendo ello de si son selectivos o no, así como el mismo aspecto respecto del periodo en prácticas.

- Si el sistema elegido es el de oposición o de concurso oposición, debe exponerse el programa del temario de cada ejercicio, o indicar el Boletín Oficial en que dicho programa se publicó. Este requisito es esencial para que los opositores puedan prepararse adecuadamente y adquirir los conocimientos necesarios para la plaza a la que aspiran. La no existencia de un programa de referencia invalida el proceso selectivo. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de abril de 2008 (que reitera la de 23 de abril de 2008). En el litigio se impugnaban las bases de una oposición consistente en un cuestionario tipo test de preguntas relacionadas con temas de cultura general y propios de la plaza objeto de la presente selección. La Administración demandada alegaba, nada más y nada menos, que no era necesaria la existencia de un temario de referencia para formular las preguntas de tipo test por faltar una previsión normativa que establezca esta exigencia. La sentencia señala que resulta aplicable el artículo 22.2, i), de la LBRL, en relación con el artículo 177.1 y 2 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, precepto que dispone que la selección del personal laboral se rige por el artículo 103 de la LBRL, que a su vez se remite al artículo 91 de la misma, resultando aplicable el Real Decreto 896/1991, de 7 junio, sobre Reglas Básicas y Programas Mínimos para el Procedimiento de Selección de Funcionarios de la Administración Local,

que reviste carácter básico en lo referente a las reglas esenciales y programas mínimos.

Añade la sentencia que tampoco puede justificarse la ausencia de programa acudiendo al Real Decreto 364/1995, regulador del ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, pues la selección del personal laboral fijo se rige también por las previsiones del Título I del mismo, según el artículo 29, por lo que es aplicable el artículo 16 i), que prevé, en cuanto al contenido de la convocatoria, que recoja los programas que han de regir las pruebas o indicación del B.O.E. en que se haya publicado con anterioridad. Y es que a través de esta previsión indica la sentencia que “se garantiza la objetividad de las pruebas, que difícilmente serían susceptibles de preservación mediante una simple referencia al tipo de materias sobre las que han de versar las preguntas (...). Esta previsión debe primar sobre cualquier interpretación que pueda hacerse de normas de cualquier clase que fueran”.

También alegaba la Administración Pública la imposibilidad de fijar un programa al tratarse de materia de cultura general. La sentencia señala que “en principio este tipo de preguntas se adaptan al perfil de los requisitos exigidos a los aspirantes, entre otros (...), de estar en posesión del certificado de escolaridad o equivalente, y la tenencia de dicha titulación, que se ajusta a planes de enseñanza reglados y de general aceptación, supone ostentar conocimientos sin que por esta razón pueda causar incertidumbre o sorpresa un cuestionario que se ciña a este tipo de preguntas. Ahora bien, ello sería así siempre que se contemplasen como complemento de la búsqueda de conocimientos de otra naturaleza, los propios de la plaza convocada, condición que en este caso no se cumple, vista la amplitud de las mismas: un total de 42 sobre las 55 que comprende la prueba en una desproporción absoluta”.

Finalmente añade la sentencia, en relación con el examen tipo test del litigio, que “en el conjunto de las preguntas que se refieren a cultura general se encuadran algunas de cultura sobre geografía, historia, arqueología o arte regionales o de carácter local (...) y no se puede afirmar que sean sobre conocimientos generales sino más bien particulares, siendo exigible la misma formulación con el apoyo en un temario que oriente su previsión”.

- Si el sistema elegido es el de oposición o de concurso oposición, deben determinarse los ejercicios que van a celebrarse, indicando la puntuación con la cual se entenderán superados, y si los ejercicios son voluntarios o eliminatorios. Además, debe indicarse, en cuanto a los ejercicios, sus características esenciales (si son orales, escritos, tipo test, su duración, y el criterio para fijar los temas o preguntas objeto del ejercicio, es decir, si los temas se extraen aleatoriamente o los fija el órgano de selección, etc.). También debe indicarse, en el caso de exámenes prácticos, los medios de que podrá servirse el opositor (textos legales, calculadora, etc.). Y, en el caso de exámenes escritos, debe indicarse si hay que

realizar su lectura ante el órgano de selección o no. También deben especificarse cuáles serán los criterios para resolver los empates de puntuación.

En particular, las bases reguladoras de los procesos selectivos deben fijar con claridad los criterios de puntuación de las pruebas. Sin embargo, se ha admitido que el órgano de selección fije los criterios de puntuación cuando las bases reguladoras no los fijan, incluso después de la realización de las pruebas, siempre que los ejercicios aún no hayan sido examinados. Esta práctica no responde a criterios de seguridad jurídica, principio éste que exige la fijación de tales criterios antes de la realización de las pruebas. En este sentido, la STSJ de Madrid de 29 de abril de 2000 admite que, si las bases no fijan exactamente cuál es la penalización por las respuestas incorrectas, lo haga el órgano de selección, pero antes de la realización de los ejercicios, e informando a los participantes. Sin embargo, una cuestión tan relevante como la penalización de las respuestas incorrectas, debe ser fijada en las bases de la convocatoria, y no dejada a la discrecionalidad del órgano de selección, que no debe ser quien configure las características esenciales del proceso selectivo de que se trate.¹⁵⁰⁹

- Se indicará la garantía del anonimato en los exámenes escritos.

- Las bases reguladoras deben establecer la duración máxima del proceso selectivo, a partir de la convocatoria del mismo. Y dentro de la misma, deben fijar el periodo de tiempo dentro del cual se deben celebrar las pruebas, si es que el sistema es de oposición o concurso-oposición.¹⁵¹⁰

- Si el sistema es el de concurso o concurso-oposición, las bases reguladoras deben expresar con exactitud cuáles son los méritos susceptibles de valoración, así como su puntuación exacta, y, en el caso del concurso-oposición, determinar la puntuación a obtener en cada una de las dos fases, concurso y oposición. También deben indicar con claridad la forma en que deberán acreditarse los méritos.

- En cuanto a la solicitud, debe facilitarse un modelo estandarizado, indicando el lugar y plazo de presentación, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 30/1992. En el caso de que se exija una tasa por la participación en el proceso selectivo, deberá especificarse su importe exacto, así como la forma de pago y las consecuencias de su impago total o parcial.

¹⁵⁰⁹ Sin embargo, en alguna ocasión se ha entendido que no es necesario que los criterios de pulsaciones mínimas o la penalización de la prueba de mecanografía sean publicados antes de la realización del ejercicio (STSJ Andalucía de 29 de enero de 1999).

¹⁵¹⁰ A este respecto, el artículo 16 del Real Decreto 364/1995, establece que en la convocatoria deberá figurar la “duración máxima del proceso de celebración de los ejercicios. Desde la total conclusión de un ejercicio o prueba hasta el comienzo del siguiente deberá transcurrir un plazo mínimo de setenta y dos horas y máximo de cuarenta y cinco días naturales”.

- Las características esenciales del sorteo que habrá que realizar, antes de la celebración de los exámenes, si los hay, para fijar el orden en que actuarán los participantes.

- Las bases reguladoras deben exponer las distintas fases del procedimiento, así como los recursos administrativos y judiciales de los que dispone, en su caso, el interesado en cada una de ellas.¹⁵¹¹ En particular, deberá hacerse referencia a las formas de revisión de la puntuación de exámenes y méritos.

- Las bases reguladoras deben exponer con claridad todo lo relativo a la composición del órgano de selección. En particular, deben referirse a su composición, por un lado, y a sus normas de procedimiento, por otro. Así, deben hacer referencia a la normativa que regula el modo de designación de los miembros de dicho órgano y a la normativa que regula las reglas de procedimiento del órgano de selección.

- En cuanto a la debida transparencia que debe tener el proceso selectivo, así como el derecho a la defensa de todos los interesados (que son los participantes en el proceso), deberá explicitarse el derecho de acceso de los interesados a todo el contenido del expediente del proceso selectivo, incluyendo no solamente lo relativo al propio aspirante, sino lo relativo a los demás aspirantes.

- La página Web de la Entidad convocante¹⁵¹² donde, de acuerdo con la legislación sobre Administración electrónica, podrán los participantes obtener información sobre el proceso selectivo y realizar los trámites que correspondan. El artículo 59.6 de la Ley 30/1992 señala que la convocatoria del procedimiento deberá indicar el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones. Este aspecto debe ser previamente regulado en las bases reguladoras, de las que la convocatoria es mera ejecución.

- Dado que actualmente existe la regla de que el órgano de selección no puede declarar aprobados más aspirantes que plazas, esta regla deberá expresarse en la convocatoria.

Todos los extremos indicados anteriormente son indispensables, de modo que, para garantizar el derecho de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, deben figurar en las bases reguladoras, incluso en el caso de que alguno de estos extremos ya estuviera predeterminado de modo absoluto por la ley o los reglamentos aplicables al caso. Por tanto, este contenido mínimo de las bases reguladoras constituye legislación básica a los efectos de los artículos 149.1.1ª y 149.1.18ª CE. Y no resulta un contenido excesivamente detallado (para tratarse de

¹⁵¹¹ RECUERDA GIRELA, M.A., "La necesaria reforma del régimen de los recursos administrativos: los modelos del recurso extraordinario de revisión y del recurso especial en materia de contratación", *REDA*, nº. 159, 2013.

¹⁵¹² En la presente tesis doctoral se postula el uso obligatorio de Internet por parte de las Administraciones Públicas para comunicar a la ciudadanía las circunstancias relativas a los procedimientos selectivos.

legislación básica), sin dejar margen de maniobra a las Comunidades Autónomas, ya que éstas podrán añadir otros contenidos a las bases reguladoras que elaboren, y, en todo caso, gozan de la facultad de elección en cuanto a la configuración de cada uno de los extremos (así, son ellas las que, dentro de la legalidad, fijan el sistema de selección, el tipo de ejercicios, su puntuación, etc.).

Por otro lado, como indica el Real Decreto 364/1995, cabe que la Administración Pública apruebe las denominadas bases generales, que se dictan para regular los procesos selectivos que dicha Administración convoque.

En cuanto al momento en que deben ser aprobadas y publicadas las bases reguladoras del procedimiento selectivo, deben serlo antes o simultáneamente a la convocatoria, nunca con posterioridad a la misma.

En cuanto se refiere a la convocatoria, ésta es el acto administrativo que exterioriza la voluntad de celebrar el proceso selectivo, una vez que las bases ya han sido aprobadas¹⁵¹³.

1.2.3.- El acceso de los interesados al expediente administrativo del procedimiento selectivo

Resulta obvio que los participantes en el proceso selectivo, como interesados que son en el procedimiento administrativo de selección (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992), tienen derecho de acceso al expediente administrativo (reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/1992). Al respecto, PÉREZ LUQUE¹⁵¹⁴ indica, refiriéndose a los concursos de méritos, que “el concursante tiene el derecho a ver su documentación y se le justifiquen las causas y circunstancias que han motivado la puntuación obtenida”, añadiendo, como indica parte de la doctrina, que “el concursante es “dueño” de los documentos que ha presentado”. Debe aclararse que:

- No se trata sólo de acceder a un expediente terminado, que es lo que prevé el artículo 37 de la Ley 30/1992, sino del derecho del interesado a acceder al expediente durante su tramitación, derecho que está previsto en el artículo 35 de la Ley 30/1992.

- No se trata solamente de acceder a los documentos presentados por el propio interesado ni a la información exclusivamente referente a él, sino de acceder a todo el expediente administrativo del procedimiento selectivo, lo cual incluye la documentación aportada por los demás aspirantes y todo lo relativo a ellos que figure en el expediente. Y ello es así porque la puntuación obtenida por los demás aspirantes es determinante de la situación en que queda el interesado

¹⁵¹³ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 213.

¹⁵¹⁴ Op.cit., pg. 348.

en el proceso selectivo, ya que se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva.

Las Administraciones Públicas, sin embargo, han sido y continúan siendo, en muchos casos, reticentes a reconocer este derecho en el ámbito de los procesos selectivos, y más aún si el interesado pretende acceder a datos y documentos relativos a los demás participantes en el proceso selectivo.¹⁵¹⁵ Los argumentos alegados por las Administraciones Públicas para denegar este derecho del interesado son una auténtica falacia y vienen siendo utilizados para dar una apariencia de legalidad a este comportamiento ilegal e inconstitucional, tal y como se expone a continuación.

- En muchos casos las Administraciones Públicas han denegado a los aspirantes el acceso al expediente administrativo completo alegando que la valoración de las pruebas y méritos no es revisable jurisdiccionalmente, con base en la teoría de la discrecionalidad técnica. A esta circunstancia alude el Defensor del Pueblo en su Informe de 1995, cuando indica que “sea cual sea la base de la reclamación, incluso en supuestos de errores de hecho, se ha generalizado un modelo de desestimación con el que se pretende justificar la imposibilidad de la revisión del resultado de los procesos selectivos en argumentos tales como la indiscutible soberanía de los tribunales a la hora de asignar calificaciones (...). La situación hasta aquí descrita se agrava cuando tales argumentos van acompañados de la denegación del acceso a los exámenes y actas de los tribunales y comisiones de valoración, alegándose al efecto la especial naturaleza de los procedimientos de acceso y provisión de puestos de trabajo para justificar que a los mismos no les son de aplicación las normas procedimentales sobre acceso al expediente o archivos y muestra de las pruebas realizadas”.

En el hipotético caso de que debiera aceptarse que la valoración efectuada por los órganos de selección no es revisable, ello no significa que el opositor no tenga derecho a conocer los razonamientos efectuados por dichos órganos para adoptar su decisión. Y es que, como la Jurisprudencia ha declarado reiteradamente, la discrecionalidad técnica no ampara la arbitrariedad, y para poder constatar que no ha habido arbitrariedad, resulta imprescindible poder ver el contenido del expediente administrativo. Con carácter general, la Ley 30/1992 permite el acceso al expediente administrativo, sin establecer una excepción para el caso de los procesos selectivos (a diferencia de otras materias en que sí se establecen excepciones). Es más, si en general se puede acceder al expediente, con mayor razón cuando la decisión del órgano administrativo es definitiva y no

¹⁵¹⁵ En el Informe anual de 2004 (apartado 2.2.7, Cuestiones procedimentales), referido a las quejas sobre denegación del acceso por los interesados a la documentación e información de los procesos selectivos para la provisión de puestos en la función pública local, tales como negativa a facilitar copia de un ejercicio, disconformidad con baremación, impugnación de criterios de corrección, exclusión indebida, méritos no contabilizados, etc., el Defensor señala que estas quejas “tienen en común el uso indebido y reiterado por las Administraciones Públicas de no contestar a las peticiones presentadas por los ciudadanos, y en este caso, por los participantes en los procesos selectivos”.

revisable. Así, si el órgano de selección sabe que no tiene que dar cuenta a los Tribunales de la valoración realizada, y encima ésta es secreta, queda abonado el terreno para la arbitrariedad. Por tanto, no tiene sentido denegar el acceso al expediente administrativo alegando que la discrecionalidad técnica no es revisable, porque precisamente esa irrevisabilidad hace más necesaria la transparencia que evite irregularidades.

- También se deniega el acceso al expediente administrativo argumentando que el procedimiento aún no está terminado, pero este requisito sólo viene exigido por el artículo 37 de la Ley 30/1992, no por el artículo 35.

- Asimismo, las Administraciones Públicas han alegado dificultades técnicas para facilitar el acceso de los interesados al procedimiento administrativo, incluso cuando el interesado sólo pretende acceder a su propio examen. Así, puede destacarse el Informe Anual de 2006 del Defensor del Pueblo Andaluz, donde se realiza a la Administración de la Junta de Andalucía la siguiente Sugerencia: "Que en próximas convocatorias de procesos selectivos se regule la opción a favor del opositor de solicitar el derecho de vista de su examen". Según indica este Informe, la Junta de Andalucía manifestó al Defensor la imposibilidad de aceptar la Sugerencia formulada por esta Institución, en la consideración de que " el ingente número de personas que participan en los procesos y que, en su caso, pudieran ejercitar tal derecho, impediría desarrollar el proceso selectivo en los plazos que para ello se establece".

El Defensor, como no podía ser de otro modo, señala que "no acabamos de entender porqué se alega por esa Dirección General que la plasmación jurídica de este derecho en la Orden de convocatoria interferiría negativamente en el desarrollo del proceso selectivo, cuando lo cierto es que el ejercicio de tal derecho solo implicaría para los órganos de selección el deber de entregar copia del examen a aquel opositor que así lo solicitara, una actividad simple y rápida que no debería entorpecer el desarrollo del proceso selectivo".

Lo cierto es que la Junta de Andalucía está facilitando por Internet el acceso a los expedientes en los procesos de selección desde el año 2007, si bien debe matizarse que este acceso sólo se permite a los datos del interesado (no de otros interesados) y sólo en lo que se refiere a la baremación de méritos, no dándose vista de los documentos del examen o prueba realizado. El buen uso de las tecnologías de Internet por la Administración andaluza demuestra que es posible facilitar a los ciudadanos el ejercicio de su derecho de acceso al expediente administrativo sin incurrir en grandes retrasos en la tramitación de los procesos selectivos, porque todos los interesados acceden inmediatamente a Internet (donde acceden a los documentos escaneados) y tienen el mismo plazo de entre 10 y 15 días para formular alegaciones.

Y, en todo caso, como indica el citado Informe del Defensor del Pueblo Andaluz, "el derecho de acceso y vista del examen de oposición, incluido el

derecho a obtener copia del mismo, en modo alguno puede ser obviado en base a cuestiones de organización administrativa”.¹⁵¹⁶

- El acceso al expediente administrativo ha sido también denegado con base en la confusión entre normas sobre publicación y normas sobre derecho de acceso al expediente administrativo por los interesados. Así, en el caso de la Recomendación 45/2000 del Defensor del Pueblo, la negativa a permitir el acceso del opositor a su examen se ha fundamentado en el Real Decreto 850/1993, que en el caso concreto establecía que sólo serían objeto de publicación las calificaciones de la última prueba selectiva. A ello responde el Defensor del Pueblo que este precepto no se opone al ejercicio del derecho de información por el opositor, y que, en todo caso, un simple reglamento no podría oponerse a lo dispuesto en el artículo 35.a) de la Ley 30/1992.

Debe añadirse, por otro lado, que la negativa del órgano de selección a permitir al opositor ver su propio examen, le impide conocer la causa de las respuestas calificadas como erróneas, por lo que no podrá incluir en sus recursos contra la calificación todos los argumentos jurídicos, informes periciales y otras pruebas que, de haber conocido esa información, podría haber aportado. Y esto le sucede en la vía administrativa, donde queda indefenso, viéndose obligado a acudir a un proceso judicial contencioso-administrativo. Esto resulta una carga totalmente desproporcionada, habida cuenta de lo dispuesto en la Ley 30/1992 sobre acceso a documentos y expedientes. Por ello indica el Defensor del pueblo, en la Recomendación 75/2004, refiriéndose al proceso judicial, que “es evidente que no es necesario llegar hasta ese momento para que pueda ver un documento contrato u obtener una copia del mismo”.

El derecho de acceso del interesado al expediente administrativo lo es a todo el expediente. En la práctica se han planteado dificultades en el acceso de los participantes a documentos esenciales, tales como, en el caso de los exámenes tipo test, el acceso a la plantilla de respuestas y al propio cuadernillo que contiene el cuestionario realizado. Así, puede citarse la Recomendación 41/2004 del Defensor del Pueblo, relativa a un caso de no obtención de la plantilla de respuestas correctas de los dos primeros exámenes del Cuerpo de técnicos auxiliares de Informática de la Administración del Estado.

Sobre este punto y sobre la entrega a los opositores de los cuadernillos que contienen los ejercicios del examen, indicó el Defensor del Pueblo que, aunque no existía una norma concreta que impusiera al órgano de selección la obligación de publicar las plantillas, éstas debían ser publicadas, puesto que, de acuerdo con el principio de publicidad establecido en el artículo 19 de la Ley 30/1984, “en caso de duda o laguna normativa, se debe actuar a favor de esa divulgación de los actos

¹⁵¹⁶ En su Informe Anual de 2008, el Defensor del Pueblo se ratifica en la necesidad de respetar este derecho de los opositores, indicando que la Junta de Andalucía “una vez más ratifica su negativa a aceptar la Sugerencia formulada por esta Institución (...) lamentando no haber podido llegar a un entendimiento en relación con nuestra sugerencia”.

administrativos y sus antecedentes en vez de procurar el secretismo o la reserva (...) ya que así los aspirantes interesados podrán conocer las que el tribunal ha considerado como acertadas con lo que podrán contrastarlas con las que ellos habían puesto y, en caso de disconformidad, formular sus recursos”.

Concluye el Defensor del Pueblo que la publicidad de las respuestas correctas no tiene que ver tanto con la motivación de los actos dictados por los órganos de selección, ni con la discrecionalidad técnica que éstos tienen, sino que debe encuadrarse dentro del principio general de transparencia en toda actuación administrativa y en el derecho a la información y acceso a los registros y archivos administrativos recogido en el artículo 105 de la Constitución, y también es una plasmación concreta de los principios de buena fe y de confianza legítima. Además, afecta al derecho fundamental a la defensa y la tutela judicial efectiva.

La negativa de la Administración Pública a que el interesado acceda al expediente administrativo es aún mayor cuando éste solicita acceder a información sobre los demás participantes en el procedimiento selectivo. Sin embargo, la condición de interesados en el procedimiento administrativo de los participantes en el mismo implica el derecho a ver el expediente administrativo y a obtener copia de lo en él contenido, lo cual incluye el derecho a conocer los méritos alegados por los demás aspirantes, así como la puntuación que les ha sido asignada por el órgano de selección. Y ello porque se trata de un procedimiento de concurrencia competitiva, en el que se comparan los ejercicios, pruebas y baremaciones de los distintos aspirantes. No obstante, esta cuestión tan esencial no goza de general reconocimiento en la comunidad jurídica. Así, en la Recomendación 75/2004, el Defensor del Pueblo señaló sorprendentemente que el ejercicio del derecho del opositor a acceder a su examen tiene “las limitaciones previstas para el acceso a la información administrativa, por lo que, por ejemplo, no podrá ver los exámenes de otros opositores”.

Los órganos judiciales tampoco reconocen siempre este derecho en toda su extensión. Así, la STSJ de Madrid de 12 de junio de 1999 ha considerado que para respetar el principio de proporcionalidad, e incluso evitar el abuso de derecho, el interesado sólo tiene derecho a examinar su propio ejercicio, y, en cuanto a los ejercicios de los demás, solamente si aporta un principio de prueba acerca del incumplimiento de las bases reguladoras. Esta argumentación, sin embargo, ha tenido acogida en algún sector de la doctrina. Así, FERNÁNDEZ SALMERÓN se pronuncia a favor de suministrar a los participantes los datos de los restantes participantes en los procesos de acceso a la función pública, pero matiza que “debe entenderse que es un requisito esencial para ver estimada la solicitud de acceso en estos casos la necesidad de acreditar, al menos embrionariamente, una cierta seriedad de las sospechas que fundamentan la necesidad de defensa de las posiciones subjetivas subyacentes al acceso. Sólo de este modo puede justificarse un eventual sacrificio del derecho a la intimidad y únicamente así pueden evitarse pretensiones de acceso masivas, infundadas, torticeras o meramente dilatorias (...). No basta, pues, alegar el derecho de defensa, sino que es preciso aportar un

principio de verosimilitud acerca de la necesidad de defenderse. Y, lo que es más importante, debe acreditarse que la defensa del derecho subyacente sólo es viable si se tiene acceso a la documentación solicitada y, por tanto, a los datos íntimos de un tercero”.¹⁵¹⁷

Esta argumentación resulta totalmente contraria a los derechos del interesado reconocidos por la Ley 30/1992 y atenta contra el principio de transparencia administrativa, constituyendo un auténtico obstáculo a la fiscalización de la regularidad de los procesos selectivos. La Ley 30/1992 no establece que, una vez que una persona tiene la condición de interesado en el expediente administrativo, tenga que alegar indicios probatorios de que se ha producido una irregularidad, para poder acceder al contenido del expediente administrativo.

Otro de los argumentos más utilizados para denegar el acceso a la documentación del expediente administrativo relativa a los demás participantes es que su intimidad se vería lesionada.¹⁵¹⁸ Sin embargo, esta intimidad no se ve lesionada, porque el concepto de intimidad se refiere a circunstancias que, salvo casos muy determinados, no son objeto de estos procedimientos.¹⁵¹⁹ En efecto, los procedimientos de selección tratan estrictamente dos cuestiones:

- Los conocimientos del aspirante, demostrados en ejercicios teóricos y prácticos. Lógicamente, en el contenido de estos ejercicios no figuran datos personales de la intimidad de quienes los realizan. Por tanto, si un opositor desea observar el examen escrito que ha realizado otro, no parece que la intimidad de éste vaya a verse limitada.

- Los méritos, en el caso de concursos y concurso-oposiciones. Pero los méritos son títulos académicos, experiencia profesional, cursos de formación, impartición de clases, publicaciones, etc. Obviamente, la intimidad objeto de tutela es la referida a datos de la personalidad objeto de especial protección, tales como sindicación, afiliación a partidos políticos, orientación sexual, gustos personales, aficiones personales, creencias religiosas, salud, etc. Por tanto, el hecho de que un aspirante quiera saber qué méritos se han puntuado a sus competidores, y quiera observar los documentos acreditativos de estos méritos (títulos académicos, certificados de cursos, etc.), no lesiona el derecho a la intimidad. Entender lo contrario significaría entender que el derecho a la intimidad ya ha quedado

¹⁵¹⁷ FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, op.cit., pg. 182.

¹⁵¹⁸ En esta línea puede citarse la STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1997, relativa a un concurso de méritos de personal funcionario, que confirmó el criterio restrictivo de la Comisión de valoración, que se había negado a suministrar a un participante los méritos de los demás participantes, alegando que el expediente académico y currículum eran datos íntimos.

¹⁵¹⁹ El concepto de intimidad ha sido ya abordado en este trabajo al tratar del derecho de acceso a archivos y registros del artículo 37 de la Ley 30/1992. El problema es el mismo que se plantea aquí, por lo que me remito a lo allí expuesto.

lesionado cuando el propio órgano de selección ha conocido los méritos alegados por el interesado, y esto carece de sentido.

Además, no debe olvidarse que el derecho a acceder al expediente administrativo afecta al derecho fundamental a la defensa y a la tutela judicial efectiva, de manera que, cuando un opositor se ve obligado a interponer recursos administrativos y recursos judiciales sin haber podido examinar el expediente en su integridad, el derecho a la defensa del artículo 24 de la Constitución se ve lesionado frontalmente. Y tampoco debemos olvidar que el expediente administrativo de un procedimiento de selección tiene por objeto precisamente el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE. En este sentido, refiriéndose a la impugnación de las resoluciones de los concursos de provisión de puestos adscritos al personal funcionario, indica ESCUÍN PALOP¹⁵²⁰ que el principal problema fáctico que se plantea para poder presentar recursos es la ignorancia de los méritos presentados por el candidato vencedor del concurso.

Dado que el acceso al expediente administrativo no lesiona el derecho a la intimidad de los demás participantes en el proceso selectivo, no es necesario alegar la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre el carácter no absoluto de los derechos fundamentales. (Así, en numerosas ocasiones ha reiterado que los derechos fundamentales no son absolutos, sino que forman un sistema dentro de la Constitución, de manera que el derecho a la intimidad regulado en el artículo 18 de la Constitución debe ser interpretado teniendo en cuenta esta circunstancia).

En este sentido, puede citarse la Consulta de 29 de marzo de 2007¹⁵²¹, en la que la Dirección General de Función Pública resuelve la consulta relativa a si la Comisión de Valoración de un concurso ha de facilitar la información solicitada por los funcionarios participantes que desean conocer la puntuación obtenida por ellos y por los demás participantes.¹⁵²² La DGFP contesta que cualquiera de los participantes en un concurso tiene la condición de interesado, de acuerdo con la Ley 30/1992. Por tanto, teniendo en cuenta que la información sobre la puntuación obtenida por los demás peticionarios de un plaza no incluye datos relativos a la intimidad de las personas, no parece posible denegar la información solicitada, pues no existe ningún interés público, o de tercero más digno de protección que el del propio interesado, ni una Ley que lo impida expresamente. La contestación brilla por lo básico de sus razonamientos, pues se trata de una cuestión que, como se ha expuesto, no requiere más argumentación.

¹⁵²⁰ ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal...*, op.cit., pg. 117.

¹⁵²¹

C21_5_3http://www.map.es/documentacion/funcion_publica/FAQ/bodeco/indice/provision/parrafo_05/document_es/5.3.pdf

¹⁵²² Digo yo que si no se sabe la puntuación asignada por cada miembro de la Comisión, si hubiera alguna causa de abstención en algún miembro, no se podría valorar su incidencia al no saberse lo que votó este miembro.

Por otro lado, se ha planteado si el acceso a datos de los demás participantes pudiera lesionar la legislación sobre protección de datos personales. Así, se plantea la cuestión del posible choque entre el artículo 35 de la Ley 30/1992 y la legislación sobre protección de datos personales. Y ello por cuanto los expedientes de los procesos selectivos contienen datos personales objeto de tratamiento, pues, en los términos del artículo 2 LOPD, son datos personales objeto de tratamiento los datos personales¹⁵²³ “registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento”, y esto ocurre cuando se trata de Administración Electrónica y cuando hay tratamientos manuales si existe un fichero organizado de acuerdo con personas, por lo que será aplicable la LOPD.¹⁵²⁴ Dado que los datos relativos a los demás participantes en el procedimiento selectivo son datos personales objeto de tratamiento, el acceso de otros participantes a dichos datos constituirá una cesión de datos, que es preciso aclarar si está legalmente autorizada.

La doctrina ha señalado que el acceso a datos personales de terceros con ocasión del acceso por el interesado al expediente administrativo es legal porque se trata de una cesión de datos permitida por los artículos 11.2.a) y c) LOPD¹⁵²⁵, en defecto de consentimiento del interesado. Esto determina la entrada en juego del artículo 35 de la Ley 30/1992, que constituiría así la autorización legal (artículo 11.2.a) LOPD) que permite la cesión de datos personales sin consentimiento del interesado. Por tanto, las personas que tienen la condición de interesado en el procedimiento administrativo, tienen derecho al acceso a la totalidad del mismo, incluyendo los datos personales de terceros que en el mismo se contienen.¹⁵²⁶ Eso sí, con los límites del acceso a datos íntimos o a datos especialmente protegidos. Pero en el bien entendido (al que muchas Administraciones hacen caso omiso) de que los datos académicos o sobre méritos baremables, no son ni datos íntimos ni datos especialmente protegidos.

En relación con lo expuesto, puede indicarse que la Disposición Adicional Primera del texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, establece que “la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la

¹⁵²³ De acuerdo con la Directiva 95/46/CE, la Jurisprudencia constitucional y la LOPD, dato personal es todo tipo de dato, sea o no íntimo (como reitera la STC 292/2000). Ahora bien, para que opere la protección del derecho fundamental a la protección de datos personales, no es suficiente con que se trate de un dato personal, sino que ha de existir tratamiento de datos personales (artículo 1 LOPD), los datos personales deben estar “registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento” (artículo 2 LOPD). (TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 42 y ss.).

¹⁵²⁴ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 48.

¹⁵²⁵ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit., pg. 114.

¹⁵²⁶ TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pgs. 838 y 1526. Así lo ha reconocido la STS de 6 de junio de 2005, que permite el acceso incluso después de haber transcurrido el plazo de interposición de recursos.

aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo". Por tanto, en caso de resultar finalmente aprobado este texto, será el artículo 35 de la Ley 30/1992 el que habilitará el acceso a los datos personales por los interesados contenidos en el expediente administrativo.

Además, el acceso al expediente administrativo y, por tanto a los datos personales de los demás participantes, ha de realizarse respetando el principio de calidad o proporcionalidad que rige en el ámbito de la cesión de datos personales, de manera que debe realizarse en los términos estrictamente necesarios para satisfacer el derecho de acceso al expediente administrativo. Así, como es obvio, solamente se referirá a los datos relativos a los méritos y capacidad de los aspirantes, pero no a otros datos personales irrelevantes, como, por ejemplo, su teléfono o domicilio.

El derecho a ver los exámenes de otros participantes ha sido reconocido por la doctrina incluso en casos de procedimientos administrativos que no son competitivos, como es el caso de los exámenes de los alumnos universitarios y la acreditación nacional regulada en la LOU.¹⁵²⁷ Por tanto, con mayor razón aún en un procedimiento competitivo, donde el resultado obtenido por el participante está determinado también en función del obtenido por los demás.

También debe hacerse referencia al conocimiento por los participantes del fundamento de las puntuaciones que les son asignadas por cada miembro del órgano de selección. Al respecto, se entiende muy habitualmente que las deliberaciones de todos los órganos colegiados son secretas y que el contenido del voto de sus miembros también lo es. Pero lo cierto es que con este secreto se impide a los ciudadanos la posibilidad de conocer cómo se ha gestionado un particular asunto o lo que ha movido a sus representantes a adoptar una decisión, lo que imposibilita ejercer el necesario control democrático.¹⁵²⁸

Como ejemplo de transparencia, debe indicarse que el artículo 4.3 del Reglamento 1049/2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, establece una lista de excepciones a dicho acceso, refiriéndose a los documentos que contengan opiniones de uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior.¹⁵²⁹ Como puede verse, en

¹⁵²⁷ DEL VALLE PASCUAL, J.M., "Primeros apuntes sobre el sistema de acreditación y acceso a la condición de Profesor de los cuerpos docentes universitarios", AA nº. 15/2008.

¹⁵²⁸ BLASCO DÍAZ, J.L., "El sentido de la transparencia administrativa...", op.cit., pg. 129.

¹⁵²⁹ El Código de Conducta relativo al acceso del público a los documentos de la Comisión y del Consejo (Documento 93/730CE, aprobado por el Consejo y la Comisión el 6 de diciembre de 1993), en su artículo 4.2, establecía una excepción para proteger el secreto de las deliberaciones de las instituciones comunitarias, pero ha sido sustituido por el citado artículo 4.3 del Reglamento 1049/2001.

el ámbito de la Unión Europea la regla general es que son accesibles al público esos documentos con opiniones de uso interno o incluso deliberaciones.

Por su parte, el Informe de la Comisión de Expertos postuló el carácter reservado de las deliberaciones de los órganos de selección. Sin embargo, este carácter reservado es contrario al principio de transparencia y facilita la elusión de la responsabilidad personal de dichos miembros. Por tanto, la puntuación o valoración atribuida por cada miembro debe poder ser conocida por los participantes en el proceso selectivo. Además, la regla general es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo del que son parte (artículo 35 de la Ley 30/1992), sin que exista norma legal que imponga el secreto de las deliberaciones de los órganos de selección. Sin embargo, las resoluciones judiciales no son unánimes a la hora de exigir la constancia de dicha información. Así, la STS de 2 de febrero de 2006, no apreció nulidad del procedimiento aunque en las actas no figuraba la valoración realizada por cada miembro del órgano de selección.

También puede citarse la ya mencionada Consulta de 29 de marzo de 2007¹⁵³⁰, en la que la Dirección General de Función Pública, que señala que “la pretensión del interesado de conocer las puntuaciones otorgadas por los miembros de la Comisión de Valoración, puede alcanzar a las obtenidas por los méritos generales (que incorporan puntuaciones tasadas, es decir, si por desempeñar un puesto de igual nivel al solicitado se conceden 3 puntos, es evidente que no existe margen de apreciación de la Comisión de Valoración), pero no la valoración por los méritos específicos, que en caso de facilitarse al interesado por el órgano convocante, los datos deben aparecer sin revelar la identidad de la puntuación otorgada por cada miembro, ya que su actuación está amparada en la presunción de acierto que en sí supone la discrecionalidad técnica. (...)”

La citada contestación confunde totalmente el deber de transparencia con la discrecionalidad técnica, limitándose a señalar, sin ninguna argumentación de fondo, que no procede revelar la identidad de la puntuación que cada miembro otorga, porque se presume el acierto de su valoración. Obviamente, nada tiene que ver una cosa con la otra. Da la impresión de que en dicha contestación se considera que, en el caso de las decisiones discrecionales, los ciudadanos no tienen derecho a conocer quién las adopta. Esto es sencillamente inadmisibles en un Estado democrático y de Derecho, donde el principio de legalidad y el de responsabilidad exigen que se conozca la identidad de las autoridades y empleados públicos que toman decisiones (ya sea de forma individual o colegiada).

En esta Consulta puede observarse una vez más cómo las Administraciones Públicas se escudan en la discrecionalidad técnica para negarse a facilitar información, aún sabiendo, como ha reiterado el Tribunal Supremo, que la discrecionalidad técnica afecta a la revisabilidad del acto, pero no a su

¹⁵³⁰ C21_5_3http://www.map.es/documentacion/funcion_publica/FAQ/bodeco/indice/provision/parrafo/05/document_es/5.3.pdf.

conocimiento. Es más, como ya se ha expuesto, el conocimiento de la información es aún más necesario cuando el titular del órgano administrativo sabe que no va a ser objeto de revisión, evitándose así que, escudándose en la opacidad, cometa irregularidades.

Por tanto, atendidos los argumentos expuestos, es preciso que la ley reconozca expresamente el derecho de los interesados a conocer la puntuación o valoración asignada por cada miembro del órgano de selección. Es más, esta información deberá estar accesible a todos los participantes, como parte que es del expediente administrativo.

A la vista de lo expuesto, debe concluirse que es preciso mejorar la redacción de la legislación (especialmente la de carácter básico) sobre los procesos selectivos. Y es que, si entre el Defensor del Pueblo Andaluz y la Junta de Andalucía (que no es una Administración raquítica sin conocimientos jurídicos especializados) se desarrolló una polémica sobre algo tan sencillo y esencial como el derecho de acceso del opositor al expediente administrativo, incluso a su propio examen, está claro que la ley tiene que establecer expresamente la obligación de la Administración Pública de dar acceso al expediente administrativo a los participantes en el proceso selectivo, para evitar interpretaciones torticeras reiteradas. Y esta regulación legal expresa debe hacerse no porque este derecho no exista ya (que sí existe pues está reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/1992), sino porque las Administraciones Públicas lo vulnera sistemáticamente.¹⁵³¹

En este sentido, la Ley debe establecer expresamente, en el caso de los procedimientos selectivos de acceso al empleo público, el derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo, explicitando que dicho acceso es a todo el expediente administrativo, incluyendo los documentos que acreditan méritos y requisitos de otros participantes distintos del que accede al expediente, así como las autobaremaciones de los restantes participantes y la baremación de éstos efectuada por la Administración o Entidad convocante, así como todos los exámenes y pruebas realizadas por los restantes participantes. La ley deberá expresar, además, que no se considerarán datos íntimos todos los relativos a los méritos, pruebas y requisitos de los participantes, así como deberá aclarar que el derecho de acceso al expediente administrativo habilita la cesión de datos personales sin necesidad de consentimiento del interesado. Todo ello, para evitar interpretaciones torticeras de un derecho tan básico e indiscutible como el de acceso al expediente administrativo por los interesados.

Además, debe hacerse referencia a la insuficiente regulación del plazo para acceder al expediente administrativo. Actualmente, el ciudadano está

¹⁵³¹ En este sentido, pues, el Defensor del Pueblo en su Informe anual de 2007, donde se refiere a la necesidad de que los Tribunales calificadoros permitan al opositor acceder a sus exámenes u obtener una copia de los mismos o de las plantillas de preguntas o respuestas utilizadas, indicando que “sería conveniente que se promulgara una norma que estableciera esa obligación de los tribunales de forma concreta”.

prácticamente indefenso ante las Administraciones Públicas, ya que, en defecto de norma aplicable, el plazo para resolver la petición de información es el general de los tres meses del artículo 42 de la Ley 30/1992, que ya de por sí es una auténtica barbaridad desproporcionada. Además, a la Administración Pública le basta con no conceder el acceso al expediente administrativo, para que el interesado tenga que ejercitar una acción judicial, con el consiguiente coste económico si precisa de abogado y/o procurador, y sin perjuicio del largo tiempo que va a transcurrir hasta que logre la resolución judicial que le reconozca su derecho a acceder al expediente administrativo. A la vista de lo expuesto, es evidente que el derecho de acceso al expediente administrativo es inoperante si no cuenta con la bondadosa colaboración de la Administración Pública, careciendo de verdaderos mecanismos concretos que aseguren su respeto.

Por tanto, la ley (y no solamente para el caso de los procesos selectivos, sino en relación con cualquier procedimiento administrativo), debería establecer un plazo para que la Administración facilite el acceso al expediente, que ha de ser bien corto, puesto que la actividad a realizar es bien sencilla. Así pues, un plazo de 3, 5 días, o como mucho 10, dependiendo del número de participantes en el proceso selectivo. En caso contrario, el interesado queda totalmente desprotegido, por los motivos expuestos.

Igualmente, la ley debe establecer mecanismos eficaces que aseguren el cumplimiento de este plazo. En este sentido, no debe atribuirse al interesado la carga de presentar un recurso contencioso-administrativo en caso de silencio de la Administración, sino que esta omisión debe ser contundentemente reprimida. Así pues, si la Administración no contesta, el interesado debe obtener una inmediata respuesta judicial, pues no se trata de resolver el fondo del asunto (referido a la regularidad del procedimiento selectivo), sino de responder a la solicitud de acceso al expediente administrativo. Por tanto, la ley debe arbitrar un procedimiento judicial sumario (en el orden contencioso-administrativo) para que el órgano judicial, ante la petición del interesado, en pocos días ordene a la Administración que conteste a la solicitud de acceso, con la obligación (que no facultad potestativa) de imponer multas coercitivas a la autoridad responsable de emitir dicha contestación.

Finalmente, debe hacerse una referencia al acceso al contenido y material utilizado en las pruebas psicológicas. Al respecto, el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 noviembre 2011, reconoce el derecho del opositor¹⁵³² a examinar los que se refieran a su propia evaluación psicológica, de acuerdo con los artículos 35.h y 37.1 de la Ley 30/1992. También destaca la STS de 15 diciembre 2011¹⁵³³, que analiza un supuesto en que el opositor solicitaba información sobre un test

¹⁵³² Pero no de otra persona (como podrían ser los demás opositores que han concurrido en el proceso selectivo).

¹⁵³³ Este criterio está reiterado en la STS de 15 de marzo de 2013.

psicológico, señalando que la falta de entrega de la documentación solicitada por el opositor “llega a causar perplejidad”.

Así, señala que “si se pone en contraste lo dispuesto en los artículos 35.h y 37.1 de la Ley 30/1992, (...), con la explicación de que el código deontológico del Colegio Oficial de Psicólogos impone la reserva al uso de los psicólogos de todo tipo de material estrictamente psicológico, tanto de evaluación cuanto de intervención o tratamiento, que se abstendrán de facilitarlos a otras personas no competentes, y que el tratamiento de los test vulnera el derecho de Copyright de la empresa TEA Ediciones, la única conclusión válida en derecho es que esa pretendida explicación resulta incompatible con los preceptos legales citados. Si la empresa asesora del Tribunal participa en esa función en las pruebas selectivas (lo que, dicho sea de paso tiene su cobertura en la base 5.2 de la convocatoria) no resulta de recibo que, tanto el material documental usado para ejercer su función asesora (la única con cobertura en la base), como el material documental en que se manifiesta esa función, puedan quedar ocultos al opositor que es evaluado con arreglo a ellos. No es de recibo, si se respeta la legalidad, que la reserva propia de la función de un psicólogo, cuando este actúa como asesor de una prueba para el ingreso en la Administración, impidan facilitar al opositor evaluado, y no a otra persona, después de haber sido examinado, los elementos documentales que, en su caso, motivan su evaluación. Aceptar la explicación que analizamos, supondría tanto como sustituir la función del Tribunal por una decisión opaca del asesor, que ni tiene cobertura en la base 5.2 de las pruebas, pues convierte al asesor en instancia decisoria de las pruebas, ni se ajusta a los criterios de transparencia que en nuestra doctrina hemos definido como límite de la discrecionalidad técnica”.

1.2.4. El uso preceptivo de Internet en los procesos selectivos

Como se ha expuesto, la transparencia administrativa está íntimamente relacionada con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC, Administración electrónica, basada en el uso de Internet) por las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público, por cuanto se aumenta exponencialmente la accesibilidad del público a la información administrativa.

En primer lugar, el uso de los medios electrónicos afecta al ejercicio real y efectivo del derecho a concurrir a los procesos selectivos, pues la publicidad de las convocatorias y demás actos administrativos integrantes de los mismos resulta esencial para garantizar su conocimiento por los ciudadanos y, así, la concurrencia real. Y los medios tradicionales de publicación (en medios editados en papel o en tabloneros de anuncios ubicados en las sedes físicas de los órganos convocantes) no aseguran un nivel aceptable de publicidad, si tenemos en cuenta el derecho de los ciudadanos a participar en cualquiera de los miles de procesos selectivos que se tramitan en España, en cualquier punto de la geografía española. Así, teniendo

en cuenta los medios tecnológicos de que hoy se dispone, la publicación de convocatorias, bases reguladoras y otros actos del procedimiento selectivo en el Boletín Oficial o en tablones de anuncios no presenta un grado aceptable de difusión si dicho Boletín o tablón no es publicado en la sede electrónica de la Administración Pública o Ente del Sector Público convocante).

Y ello porque el Boletín Oficial y el tablón de anuncios exigen el desplazamiento físico de las personas interesadas en conocer su contenido. Pensemos en una persona que quiere presentarse a procesos selectivos de auxiliar administrativo en Ayuntamientos. En este caso, teniendo en cuenta que las Administraciones Públicas están en disposición de utilizar Internet para difundir esa información, sería desproporcionado e irracional exigirle que se personara para consultar sucesivos tablones físicos para averiguar en qué procesos selectivos ha sido admitido a participar, o en qué fecha y lugar se celebran las pruebas, o cuál ha sido el resultado de las mismas.¹⁵³⁴ Por tanto, el uso de los medios electrónicos viene impuesto por el propio derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad de los artículos 14 y 23.2 CE.

La publicación en Internet ya viene siendo habitual en muchos casos¹⁵³⁵, pero a discreción de la Administración convocante, pues la actual Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, no establece la obligatoriedad de realizar la actividad de publicación en la sede electrónica.

Como ya se ha expuesto, la citada Ley 11/2007 establece en su artículo 3 que son fines de la misma facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, promover la transparencia administrativa, así como también dispone en su artículo 4 que la utilización de las tecnologías de la información se ajustará al *“principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas”*. Pero a nivel de obligaciones concretas, solamente establece lo siguiente:

- Dispone en su artículo 11 que *“1. La publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad*

¹⁵³⁴ En este sentido, indica PALOMAR OLMEDA que “parece un contrasentido el que, en momentos como el presente, donde tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de los tribunales de lo contencioso huyen de los sistemas generales de notificación o de conocimiento y obligan a la comunicación personal a los interesados, se prescinda absolutamente de las notificaciones individuales y del conocimiento por medio del BOE, para, en definitiva, dejarlo a una publicidad asentada en una serie de tablones de anuncios llamados a coincidir, en el tiempo, todos entre sí”. (PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, pg. 306).

¹⁵³⁵ En este sentido, los Reales Decretos que regulan la OEP de la Administración General del Estado desde 1999 hasta 2001 establecen que los Ministerios y Organismos que oferten plazas y tengan páginas Web deberán incluir en ellas las convocatorias y actos que deriven de ellas.

competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa. 2. La publicación del «Boletín Oficial del Estado» en la sede electrónica del organismo competente tendrá carácter oficial y auténtico en las condiciones y con las garantías que se determinen reglamentariamente, derivándose de dicha publicación los efectos previstos en el título preliminar del Código Civil y en las restantes normas aplicables”.

- Dispone en su artículo 12 que *“la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente”.*

Estas previsiones legales nos parecen insuficientes para garantizar el grado de accesibilidad a la información necesario para garantizar el ejercicio del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE. En efecto, los artículos 11 y 12 de la citada ley no imponen la publicación en sede electrónica ni del Boletín Oficial ni de los tableros de anuncios, sino que ésta es potestativa y no obligatoria. Esta previsión es insuficiente en el ámbito de los procedimientos selectivos de acceso al empleo público, porque permite que el Ente convocante no use la sede electrónica para difundir informaciones relevantes sobre los procesos selectivos (tales como convocatorias, lista de admitidos y excluidos, o las fechas y lugares de celebración de pruebas), lo cual resulta reduce o incluso impide la posibilidad real de participar en los procesos selectivos, lesionando así el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos.

Y la falta de obligaciones concretas impuestas por la ley determina que las Administraciones Públicas reduzcan la accesibilidad a la información hasta niveles tan insospechados como intolerables. Como ejemplo de insuficiente actividad de difusión o publicidad por parte de las Administraciones Públicas puede citarse la queja 07/3087 tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz¹⁵³⁶, en relación con una denuncia en la que se indicaba que, en las oposiciones al Cuerpo de maestros, las listas de los opositores admitidos al segundo examen se publicaban únicamente en los edificios públicos de la capital, en el plazo máximo de las 48 horas anteriores a la celebración de la prueba, lo cual dejaba en situación de “desventaja e indefensión” a los opositores que residían fuera de la capital. Al respecto, la Administración convocante se había limitado a informar que, de acuerdo con la Orden de convocatoria del proceso selectivo, los anuncios de la celebración de las restantes pruebas solamente “deberán hacerse públicos en la sede de los tribunales, con al menos cuarenta y ocho horas de antelación al comienzo de las mismas”. Esta respuesta resulta inadmisibles en una época en la que cualquier Administración autonómica dispone de las tecnologías de la información.

¹⁵³⁶ Ver Informe anual de 2007.

Por tanto, la legislación sobre empleo público debe exigir que a la publicación en Boletín Oficial en papel y en tablones de anuncios físicos, se añada, de forma preceptiva, la publicación en Boletín Oficial y tablones ubicados en la sede electrónica del órgano convocante.¹⁵³⁷ Es más, la ley debe establecer, en aras de la seguridad jurídica, que el cómputo de los plazos para cumplimentar trámites contará desde la publicación en la sede electrónica, debiendo el sistema informático correspondiente anunciar en la propia sede electrónica la fecha en que se ha publicado en la misma el acto de que se trate (indicándolo junto al texto de dicho acto).

En segundo lugar, el uso de los medios electrónicos afecta también al derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo. Como ya se ha expuesto en el apartado 1.1.4. de este Capítulo, la Ley 11/2007 regula en su artículo 37 el acceso de los interesados a la información sobre el estado de tramitación del procedimiento, en su artículo 6.2.e) de la cita ley establece el derecho a “*obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado*”, y en su artículo 32.3 de la citada ley prevé el derecho del interesado a obtener copia del expediente electrónico. Sin embargo, como también se ha expuesto, la Ley 11/2007 no ha regulado más detalladamente la cuestión, que parte de la solicitud previa del interesado para acceder al expediente, habiendo señalado la doctrina que el legislador podría haber establecido el acceso directo de los interesados al expediente electrónico mediante el correspondiente certificado de firma electrónica, con visualización completa del mismo (sin solicitud previa), aunque para solicitar copias electrónicas sí se requiriese la autorización previa de la Administración correspondiente.¹⁵³⁸

En esta línea, TRONCOSO REIGADA¹⁵³⁹ entiende que, en el caso de los procesos selectivos de acceso al empleo público, a los interesados (que ostentan el derecho de acceder al expediente administrativo en virtud del artículo 35 de la Ley 30/1992) se les debe facilitar la información del expediente administrativo incluso aunque no lo soliciten expresamente, es decir, dando publicidad restringida al mismo en una Intranet o espacio privado en Internet al que solo tengan clave de acceso estos interesados.¹⁵⁴⁰

Este modus operandi, al facilitar el acceso de los interesados al expediente administrativo, reduciría considerablemente los problemas derivados del silencio o

¹⁵³⁷ En este sentido, CASTILLO BLANCO señala que la utilización de paginas Web “debe ser considerado como una estrategia necesaria del proceso selectivo” (CASTILLO BLANCO, F.A., *Informe sobre el empleo público local*, op.cit., pg. 67).

¹⁵³⁸ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, op.cit., pg. 435, y VALERO TORRIJOS, J., *El régimen jurídico de la e-Administración*, op.cit., pg. 19 y ss.

¹⁵³⁹ TRONCOSO REIGADA, A., “Transparencia...”, op.cit.

¹⁵⁴⁰ Añade el citado autor que es modus operandi garantiza también la objetividad administrativa y el control social. (TRONCOSO REIGADA, A., *La protección de datos...*, op.cit., pg. 838).

negativa de la Administración o Ente convocante a facilitar dicho acceso. Por tanto, en orden a la salvaguarda del derecho de acceso de los interesados al expediente administrativo y, en definitiva, del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, es preciso que la ley disponga que, en el caso de los procesos selectivos de acceso al empleo público¹⁵⁴¹, la Administración o Ente convocante tiene la obligación inexcusable de crear un espacio en su Web oficial donde figure toda la documentación (excepto los datos íntimos de los participantes y otros datos personales irrelevantes¹⁵⁴²) relativa al expediente administrativo (incluyendo la documentación relativa al resto de participantes), facilitando una clave de acceso a los participantes para que accedan al mismo de forma directa.

Además, la ley debe establecer la obligación de que toda la documentación del procedimiento figure en soporte informático para que sea accesible a través de medios electrónicos.¹⁵⁴³

Finalmente, debe indicarse que la accesibilidad a la información sobre procesos selectivos implica la necesidad de que la publicidad sobre procesos selectivos no se produzca de forma desconexa y dispersa, en la sede electrónica de cada Administración o Ente convocante, sino que es necesario que dicha información se publique de forma conjunta y sistemática. En efecto, tampoco es acorde con el respeto al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE exigir a los ciudadanos que diariamente consulten cientos de páginas Webs, boletines oficiales, páginas privadas, etc., para encontrar la información necesaria sobre las convocatorias de los procesos selectivos. Dicho en otras palabras, esta situación sería admisible si el estado de la tecnología sólo permitiera la transmisión de información en soporte papel, pero no es admisible con las nuevas tecnologías de la información.

Así, las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, en aras del respeto a dicho derecho fundamental, están obligadas a actuar coordinadamente en la actividad de publicidad, a los efectos de reunir en una única sede electrónica la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos que se tramiten en el país por cualquier Administración Pública o Entidad de Sector Público, así como debe figurar en dicha sede electrónica un link para acceder a la sede electrónica donde figure toda la información disponible sobre cada procedimiento selectivo. Este espacio unificado debe ser coordinado por la Administración General del Estado, ya que afecta al Estado en su conjunto.

¹⁵⁴¹ Procesos de selección de funcionarios de carrera, laborales fijos, funcionarios interinos y laborales temporales.

¹⁵⁴² Teléfono, domicilio y, en general, datos que no tengan que ver con el mérito, la capacidad y los requisitos de acceso a los empleos públicos.

¹⁵⁴³ Si los ciudadanos presentan documentación en papel, o se realizan pruebas en papel, será la Administración la que tenga la obligación de digitalizar este material, para incorporarlo al expediente por medios electrónicos.

En definitiva, y teniendo en cuenta la actual atomización de múltiples procesos selectivos, la efectividad del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE exige que se arbitre un sistema unificado de publicidad para todos los procesos selectivos de acceso al empleo público en el país¹⁵⁴⁴, y que tenga difusión a través de la Administración electrónica (una Web oficial estatal). Así, CASTILLO BLANCO¹⁵⁴⁵ ya aludía en el año 1993 a la necesidad de adoptar soluciones más actuales, como “la utilización de medios de comunicación social de uso masivo, creación de un Diario oficial de acceso al empleo público...”.

La figura necesaria sería la plataforma de empleo público del Estado, donde se publicarían todas las convocatorias de procesos selectivos, correspondiendo su regulación a la legislación básica del Estado. Las ideas expuestas han tenido cierta realización práctica en el campo de la contratación del Sector Público. Así, la Ley 30/2007, de de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, regula en su artículo 42 la figura del perfil de contratante, estableciendo que “con el fin de asegurar la transparencia y el acceso público a la información relativa a su actividad contractual, y sin perjuicio de la utilización de otros medios de publicidad en los casos exigidos por esta Ley o por las normas autonómicas de desarrollo o en los que así se decida voluntariamente, los órganos de contratación difundirán, a través de Internet, su perfil de contratante”.

También el artículo 309 de la citada ley se refiere a la Plataforma de Contratación del Estado, estableciendo que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a través de sus órganos de apoyo técnico, pondrá a disposición de todos los órganos de contratación del Sector Público una plataforma electrónica que permita dar publicidad a través de Internet a las convocatorias de licitaciones y sus resultados y a cuanta información consideren relevante relativa a los contratos que celebren, así como prestar otros servicios complementarios asociados al tratamiento informático de estos datos. En todo caso, los órganos de contratación de la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades públicas estatales deberán publicar en esta plataforma su perfil de contratante. (...) El acceso de los interesados a la plataforma de contratación se efectuará a través de un portal único. Reglamentariamente se definirán las modalidades de conexión de la Plataforma de Contratación con el portal del Boletín Oficial del Estado”.

En la actualidad, la Administración General del Estado facilita a través de Internet información sobre procesos selectivos a nivel nacional en el Portal del Ciudadano (060.es)¹⁵⁴⁶, donde ofrece un buscador de convocatorias¹⁵⁴⁷ y un

¹⁵⁴⁴ Con validez de publicación oficial (y que, por tanto, sea determinante del cómputo de plazos administrativos).

¹⁵⁴⁵ CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 1 y ss.

¹⁵⁴⁶ <http://www.060.es/060/appmanager/portal/desktop/page/trabajarEnlaAdministracion>

¹⁵⁴⁷ http://www.060.es/060/appmanager/portal/desktop/?_nfpb=true&_pageLabel=busqueda

Boletín semanal de Empleo público, que, según se indica en dicha página Web, “contiene información relativa a las convocatorias de empleo público de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Unión Europea, de Organismos Internacionales y, de la Administración Local, los anuncios que se hayan insertado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), correspondientes a los Ayuntamientos de las capitales de provincia, los Ayuntamientos de más de 100.000 habitantes y de todos aquellos que convoquen al menos 3 plazas”.

Asimismo, el Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de empleo público para el año 2013 de la Administración General del Estado, dispone en su artículo 11.3 que las convocatorias de procesos selectivos, tanto de funcionarios como de laborales, *“se difundirán utilizándose a este fin las páginas Web de los Departamentos y Organismos así como la página Web www.060.es. Se aprovecharán las posibilidades que ofrecen los avances tecnológicos en el ámbito de los procesos selectivos, potenciando la presentación electrónica de solicitudes y facilitando información a través de Internet. A estos efectos, los distintos Ministerios y Organismos que oferten plazas incluirán, en su página Web, una dirección dedicada a procesos selectivos, en la que recogerán cada una de las convocatorias y los actos que se deriven de ellas, incorporando, cuando ello sea posible, las relaciones de aspirantes admitidos y excluidos, así como las relaciones de aprobados en cada uno de los ejercicios de acuerdo con la normativa vigente en materia de protección de datos”*.

También el artículo 11.14 del citado Real Decreto dispone que *“las convocatorias de los procesos selectivos y sus bases, así como todas las informaciones que afecten a las convocatorias y al desarrollo de todos los procesos selectivos, sea cuales quiera el carácter de la relación vinculante con la Administración, serán remitidas al buzón empleopublico@correo.gob.es por el Órgano convocante, con el fin de permitir el mayor seguimiento posible a través de los canales de atención al ciudadano, así como la publicación, en el portal 060.es, de la información relativa a convocatorias, sus bases y otra información relacionada con los procesos selectivos, a excepción de los de promoción interna que se publicarán en el Portal Funciona”*.

Estas normas, como mínimo, deberían ser extendidas con carácter obligatorio al resto de Administraciones Públicas.

Alguna Ley autonómica sí ha afrontado la cuestión, aunque de forma parcial. Así, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, regula la publicidad electrónica de la convocatoria, estableciendo en su artículo 50 que *“las convocatorias de los procesos selectivos de personal funcionario de carrera y de personal laboral fijo, así como sus bases, deben publicarse en el diario o boletín oficial correspondiente y, en su caso”¹⁵⁴⁸, en la sede*

¹⁵⁴⁸ La expresión “en su caso” debería ser suprimida para que quede clara la obligación de la publicación electrónica.

electrónica de la respectiva Administración pública de Castilla-La Mancha. Las convocatorias de los procesos selectivos de personal funcionario interino y de personal laboral temporal, así como sus bases, deben publicarse, al menos, en la sede electrónica correspondiente. Si no se dispone de sede electrónica dichas convocatorias deben publicarse en el diario o boletín oficial correspondiente”.

Por otro lado, la publicación electrónica de toda esta información sobre procesos selectivos está sometida a los límites impuestos por la protección de los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos personales, en los términos ya expuestos en el apartado 1.1.4 de este Capítulo. Por tanto, las publicaciones de aquellos actos o informaciones que contengan datos personales han de ser establecidas por ley, la cual debe tomar en consideración el principio de proporcionalidad. Pero en el bien entendido de que los datos que se contienen en los expedientes de los procesos selectivos relativos a las pruebas (tales como los exámenes o pruebas de conocimiento) y méritos alegados no son datos de la esfera íntima¹⁵⁴⁹ y sí son datos de carácter personal cuya cesión a través de la publicación está justificada y es proporcionada al fin perseguido, que es el derecho de los interesados a conocer el expediente administrativo, así como el principio de transparencia en los procedimientos selectivos.

1.2.5.- La motivación de los actos administrativos del procedimiento selectivo

La motivación del acto administrativo puede definirse como “la exteriorización o expresión de las razones que han llevado a la Administración a adoptar una determinada resolución”.¹⁵⁵⁰ Es decir, “la exigencia de hacer públicas las razones que condujeron a la decisión adoptada, que justificaron el acto”.¹⁵⁵¹ La motivación constituye una garantía esencial del procedimiento administrativo y es una de las manifestaciones del principio de transparencia administrativa. Y ello por cuanto existe una íntima conexión entre la motivación y la arbitrariedad. En efecto, como indica PÉREZ LUQUE¹⁵⁵², cuanto más se motiva un acto administrativo, menos arbitrariedad se manifiesta, de modo que “quien motiva mucho su acto (...)

¹⁵⁴⁹ Sí habría que analizar la restricción en general del acceso por otros participantes al contenido de las pruebas de contenido psicológico.

¹⁵⁵⁰ GALLARDO CASTILLO, M^a.J., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2010, pg. 240.

¹⁵⁵¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios...*, op.cit., pg. 1605.

¹⁵⁵² PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 539.

nada tiene que encubrir (...) pero quien no motiva, sabiendo que debe hacerlo, mucho tiene que tapar”.¹⁵⁵³

Así, y como reiteradamente ha señalado la doctrina¹⁵⁵⁴, la motivación afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, pues facilita al interesado los datos de hecho y de Derecho necesarios para decidir si impugna o no el acto, y con qué fundamentos. Por tanto, la falta de motivación produce indefensión del interesado (ver la STC 232/1992, entre otras muchas). En definitiva, la motivación permite que los órganos judiciales puedan controlar que el acto administrativo se ha sometido a la ley y que no se ha incurrido en desviación de poder ni arbitrariedad.

Aglutinando todo lo expuesto, la STS de 19 de noviembre de 2008 señala que la motivación “equivale a expresar el fin objetivo o interés público que fundamenta la acción administrativa y justificar también que han sido observado los requisitos y criterios que en cada caso resulten inexcusables; para, de esta manera, no sólo demostrar que se ha dado cumplimiento al mandato general de sometimiento al ordenamiento jurídico (artículos 9.1, 103 y 106 CE) y al de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), sino también ofrecer al interesado todos los elementos que le sean necesarios para la defensa que quiera realizar de sus intereses en el ejercicio de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)”.

En cuanto se refiere a la regulación legal de la motivación, y aunque autores como PÉREZ LUQUE¹⁵⁵⁵ entienden que todo acto administrativo ha de estar motivado, lo cierto es que la Ley 30/1992 ha realizado un planteamiento más restringido, ya que en su artículo 54.1 establece una lista de los actos que han de ser motivados. Pero, además, la garantía de la motivación presenta peculiaridades normativas en el ámbito de los procesos selectivos.

Así, el apartado 2 del citado artículo 54 contiene una norma particular para los procesos selectivos, al establecer que “la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos

¹⁵⁵³ De hecho, como se ha señalado que la falta de justificación o la insuficiente justificación de los actos administrativos impugnados es lo que, con mayor frecuencia, se aprecia por los órganos judiciales como un indicio de desviación de poder. (Ver CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pg. 246). El propio Tribunal Supremo, en sentencias como las de 2 de marzo de 1998, 30 de noviembre de 2000 y 27 de julio de 2002, entiende que la falta de referentes objetivos de la valoración realizada por el órgano administrativo puede ser indicio de arbitrariedad.

¹⁵⁵⁴ AYALA MUÑOZ, J.Mª., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRREZ DELGADO, J.M., MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I., RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, Mª.D., RIVERO GONZÁLEZ, M., SAZ GANDÁSEGUI, F., y VEGA LABELLA, J.I., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pg. 378.

¹⁵⁵⁵ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 538.

de la resolución que se adopte”. Del tenor literal de dicho artículo, parece que el legislador ha dejado la cuestión de la motivación en manos del órgano que elabora la convocatoria del proceso selectivo, lo cual, a juicio de CHAVES GARCÍA, constituye un auténtico “cheque en blanco” para la Administración Pública o Ente convocante¹⁵⁵⁶, que podrá imponer una mayor o menor exigencia de motivación.

En todo caso, debe destacarse que la regulación del citado artículo 54.2 implica un nivel de garantías inferior al que se preveía en el Proyecto de Ley sometido al Congreso de los Diputados, que en su artículo 52. f), dentro de la lista de actos que debían ser motivados, incluía los “que resuelvan procedimientos selectivos o competitivos de cualquier tipo, en cuyo caso la motivación incluirá los criterios de selección”. La regla particular del 54.2 se debe a la Enmienda nº. 376, del Grupo Socialista, que se justificaba en que ello constituía “ampliación de garantías en los supuestos de motivación de los actos”.¹⁵⁵⁷ Aunque algún autor entiende que esta regla especial introduce mayores garantías¹⁵⁵⁸, la mayoría concluye que más bien las reduce.

Así, se ha considerado que la redacción del artículo 54.2 es “confusa y parece indicar que el conocimiento del interesado de los motivos de la resolución, de las razones que justificaron la elección de la Administración, no se garantizan en el caso de estos actos administrativos mediante la motivación, mediante la constancia en el propio acto de los hechos y fundamentos de derecho que los justifican, sino exigiendo que en todo caso aparezcan en el expediente las razones que justificaron la actuación administrativa. Ello sin perjuicio de que, además, si las normas que rigen la convocatoria así lo exigen, deba el acto estar motivado en la forma que en tales normas se determine”.¹⁵⁵⁹

Por tanto, los fundamentos de la decisión del órgano de selección no figuran en la resolución de aspirantes aprobados, sino que el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 solamente exige que queden acreditados en el procedimiento. Obsérvese, además, que dicho apartado 2 habla de los actos “que pongan fin a los procedimientos”, por lo que podría parecer que se está refiriendo más bien a la motivación del acto de nombramiento de los funcionarios, que a la motivación de la

¹⁵⁵⁶ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 234.

¹⁵⁵⁷ Publicada en el BOCG, Serie A, nº. 82, de 7 de mayo de 1992.

¹⁵⁵⁸ AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., *Administraciones publicas y el procedimiento administrativo común*, Comares, Granada, 2010, pg. 210.

¹⁵⁵⁹ Así lo señalan AYALA MUÑOZ, J.Mª., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRREZ DELGADO, J.M., MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I., RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, Mª.D., RIVERO GONZÁLEZ, M., SAZ GANDÁSEGUI, F., y VEGA LABELLA, J.I., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas...*, op.cit., pg. 390, remitiéndose a PARADA VÁZQUEZ, R., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pg. 233. Ver también YAGÜE GIL, P.J., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Carperí, Madrid, 1993, pg. 1 y ss.

propuesta del órgano de selección asignando calificaciones y puntuaciones y declarando los aspirantes aprobados.

Por su parte, el Real Decreto 364/1995, para los procesos selectivos en el ámbito de la Administración General del Estado, establece que “los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados”, pero también especifica que “la motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria”. Este inciso final parece permitir que el órgano de selección, en cuanto a la valoración de exámenes y pruebas, en la medida en que exista margen de apreciación técnico, no ha de justificar su valoración técnica, sino que solamente ha de expresar que ha seguido las normas aplicables.

A la vista de lo expuesto, PÉREZ LUQUE¹⁵⁶⁰ distingue entre la motivación de la decisión del órgano de selección, y la motivación del acto de nombramiento de funcionarios, que es el que pone fin al procedimiento. Respecto a la lista de aprobados, considera que sus fundamentos deben figurar expresados en el acta extendida por dicho órgano colegiado. Ahora bien, reconoce que el Real Decreto 364/1995 exime de motivación a dicho acto en cuanto a la parte que se dicta ejerciendo discrecionalidad técnica, de manera que la motivación se reduce a justificar que se ha cumplido la normativa aplicable al proceso selectivo y las bases reguladoras del mismo. Por tanto, puede concluirse que la legislación vigente no impone al órgano de selección motivar detalladamente la decisión técnica adoptada. Así pues, la única explicación que se exterioriza es la propia calificación asignada al opositor, que es la información que éste recibe como motivación del resultado del proceso selectivo realizado.

La no exteriorización de la motivación de la resolución del órgano selectivo ha sido justificada por varios motivos:

1.- Se alude por la doctrina¹⁵⁶¹ a la imposibilidad fáctica de detallar la motivación cuando el proceso selectivo tiene multitud de participantes. En esta línea, señala PUERTA SEGUIDO¹⁵⁶² que una justificación individual de la calificación de los aspirantes “en la mayoría de los procedimientos selectivos actuales, resultaría imposible por la numerosa participación en ellos”. Como indica CHAVES GARCÍA¹⁵⁶³, el problema radica en que en los procedimientos selectivos de concurrencia masiva sería muy “difícil y moroso acometer una motivación específica de cada vocal del Tribunal calificador, para cada uno de los ejercicios de cada uno de los aspirantes; de ahí que la motivación del Tribunal como órgano

¹⁵⁶⁰ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 540.

¹⁵⁶¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, pg. 10 y ss.

¹⁵⁶² PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 183.

¹⁵⁶³ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 234.

colegiado se expresa de forma conjunta (aunque forjada con votos individuales), que los ejercicios son valorados en forma aritmética o binaria (apto o no apto) y que la publicación de las calificaciones se efectúa bajo la forma de listados o tableros”.

Sin embargo, debe indicarse, en primer lugar, que la motivación no es más que la exteriorización de los criterios seguidos por el evaluador para asignar la puntuación, de manera que, si no puede motivar sucintamente su puntuación, cabe dudar de que haya realizado mínimos razonamientos técnicos para asignar la puntuación. En segundo lugar, no es razonable admitir como suficiente la indicación de “apto” o “no apto” como calificación de una prueba, por ejemplo, de un examen escrito u oral, sino que es imprescindible atribuir una puntuación más concreta (por ejemplo, de ciertos puntos sobre 10), ya que una prueba se puede realizar más o menos bien o más o menos mal, y entre los que superen la nota de corte, habrá que priorizar de algún modo. Y exteriorizar el por qué cada miembro del órgano de selección asigna su puntuación, es una tarea que no requiere más de unos minutos, casi el mismo tiempo que tarda cada vocal del órgano en decidir la puntuación. Por tanto, el primer argumento expuesto a favor de la falta de motivación (imposibilidad fáctica) no tiene sentido.

2.- También se ha entendido que la motivación detallada tampoco sería “adecuada” porque, como indica SÁNCHEZ MORÓN¹⁵⁶⁴, “normalmente ese razonamiento deriva de un debate interno del órgano colegiado, que puede ser imposible o difícil de reproducir y que debe tener carácter reservado para no coartar la libertad de juicio de sus miembros y no perjudicar a los candidatos”.¹⁵⁶⁵ También señala PUERTA SEGUIDO¹⁵⁶⁶ que, de acuerdo con la normativa vigente (Real Decreto 364/1995 y artículo 54.2 de la Ley 30/1992), el órgano de selección no está obligado a “desvelar los razonamientos que han servido de base a su juicio técnico”, y que “no hay una justificación individual de la calificación de los aspirantes”, en referencia a los “inconvenientes que generaría la posibilidad de conocer los criterios y razones utilizados para adoptar las decisiones y la falta de libertad que ello, en algunos procedimientos selectivos, acarrearía a los miembros integrantes de los órganos de selección”.

El Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP postuló el carácter reservado de las deliberaciones de los órganos de selección. Sin embargo, este carácter reservado es contrario al principio de transparencia y facilita la elusión de la responsabilidad personal de los miembros de dichos órganos. Por tanto, la puntuación o valoración atribuida por cada miembro debe poder ser conocida por los participantes en el proceso selectivo. Además, la regla general es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo (artículo 35 de la Ley 30/1992), sin que exista norma legal que imponga el secreto de las

¹⁵⁶⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, op.cit., pg. 10 y ss.

¹⁵⁶⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, op.cit., pg. 10 y ss.

¹⁵⁶⁶ PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, op.cit., pg. 183.

deliberaciones de los órganos de selección. Sin embargo, las resoluciones judiciales no son unánimes a la hora de exigir la constancia de dicha información. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de febrero de 2006, no apreció nulidad del procedimiento aunque en las actas no figuraba la valoración realizada por cada miembro del órgano de selección.

El propio artículo 54.2 de la Ley 30/1992 exige que en el procedimiento queden acreditados los fundamentos de la resolución, y tales fundamentos, en un procedimiento selectivo con órgano colegiado, son los expuestos en las deliberaciones del mismo, las cuales deben recogerse en el acta de la sesión, así como dicha acta debe ser accesible a los interesados en el procedimiento. Y esta afirmación se realiza con base en lo dispuesto en la propia Ley 30/1992, artículos 54.2 y 35. No obstante, vistas las interpretaciones restrictivas (y *contra legem*) que vienen realizándose, incluso por los órganos judiciales, resulta necesario que el legislador expresamente reconozca esta conclusión.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en la sentencia de 30 de noviembre de 1999, consideró innecesario de motivar los nombramientos discrecionales para la provisión de los altos destinos de las Carreras Judicial y Fiscal, por entender que el órgano que propuso los nombramientos (el Consejo General del Poder Judicial) tenía carácter colegiado, adoptando su decisión a través de una votación por mayoría, entendiéndose imposible e innecesaria la motivación expresa y pormenorizada por parte de cada uno de los miembros del órgano.

Al respecto, BACIGALUPO SAGGESE¹⁵⁶⁷ señala que un nombramiento discrecional implica que no existe un baremo de méritos predeterminado, pero no significa que el órgano que decide pueda prescindir totalmente de tomar en consideración los méritos alegados por los aspirantes. De hecho, trae a colación la propia doctrina del Tribunal Supremo acerca de los nombramientos discrecionales en el ámbito de las Administraciones Públicas, según la cual el sistema de libre designación “no empece para que pueda ser apreciada la desviación de poder cuando en la selección de los candidatos se marginan los méritos y capacidad y se frustra el interés público”, de donde concluía el propio Tribunal Supremo que para poder determinar si en un procedimiento se han valorado arbitrariamente o no los méritos de los candidatos es preciso que el acto de nombramiento discrecional esté motivado.¹⁵⁶⁸

3.- En numerosas ocasiones se ha alegado la discrecionalidad técnica de la que gozan las comisiones de selección (en el sentido de que su decisión ni siquiera es revisable por los órganos judiciales) como justificación para no exigir la motivación. Sin embargo, una cosa es el valor que se atribuya a una decisión técnica de un órgano administrativo (en el sentido de considerar que incluso no es

¹⁵⁶⁷ BACIGALUPO SAGGESE, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *REDA*, nº. 107, 2000, pg. 407 y ss.

¹⁵⁶⁸ Cita BACIGALUPO las SSTS de 16 de mayo de 1989 y 4 de noviembre de 1993.

revisable por ninguna otra instancia) y otra cosa que nada tiene que ver es el deber de motivar la decisión adoptada. Esta distinción ha sido admitida por el propio Tribunal Supremo, en sentencias como las de 4 de junio de 2000, 9 de enero de 2013, 15 diciembre 2011 y 19 de julio de 2010.

Es más, si tenemos en cuenta la preferencia de los órganos judiciales por la teoría de la irrevisabilidad de la discrecionalidad técnica, el deber de motivar es aún mayor, pues en estos casos el criterio del órgano administrativo es firme y definitivo. En esta línea, indica SÁNCHEZ MORÓN¹⁵⁶⁹ que, en relación con los actos discrecionales, tienen mucha relevancia el control del respeto a los trámites procedimentales, y que la motivación es garantía de transparencia y corrección, política o técnica, de la decisión adoptada. Por tanto, cuanto mayor es la indeterminación y, por tanto, el margen de apreciación de la Administración, mayor es también la responsabilidad técnica de ésta y más completo y razonado debe ser el fundamento de su decisión.¹⁵⁷⁰

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo ha entendido que la teoría de la no revisabilidad de la discrecionalidad técnica exime del deber de motivar. Así, en sentencia de 14 de julio de 2000, tras referirse a la imposibilidad de controlar la discrecionalidad técnica (salvo en los consabidos supuestos excepcionales), añade que “ello explica la razón por la cual las normas reguladoras de la actuación de estos tribunales o comisiones sólo les exijan formalizar sus dictámenes o calificaciones mediante la expresión de la puntuación a partir de la cual se exteriorice su juicio técnico, y que tal dato numérico sea bastante para poder ser considerada formalmente correcta dicha actuación de evaluación técnica (...). Y cuando no exijan sino dicha puntuación, el calificador cumplirá con limitarse a exteriorizarla, y no podrá reprochársele, desde un punto de vista formal, el hecho de no acompañarla de una explicación o motivación complementaria”. Esta argumentación resulta jurídicamente inadmisibles, pues es contraria al principio de transparencia, que, como se ha expuesto, goza de reconocimiento legal en la Ley 30/1992 y en el propio EBEP. No en vano, el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 2 de octubre de 1965, había señalado que “en los actos discrecionales es donde más se precisa manifestar los motivos de la actuación, por cuanto puede influir en el fin último; porque toda actuación administrativa resulta reglada en su fin jurídico, no siendo cierto que en el acto discrecional los motivos sean jurídicamente irrelevantes”.

¹⁵⁶⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003, pg. 123.

¹⁵⁷⁰ SAINZ MORENO, F., “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, *REDA*, nº. 8, 1976. En esta línea, se concluye que la teoría de la “discrecionalidad técnica” se utiliza para obviar la obligatoriedad de la motivación, lo cual puede dar lugar a un puro decisionismo. (IGARTÚA SALVERRÍA, J., *Discrecionalidad, técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998, pg. 125).

En la sentencia de 12 de diciembre de 2000, relativa a nombramientos discrecionales en la Carrera Fiscal, el Tribunal Supremo ratifica la innecesariedad de motivación de estos actos, alegando que no se trata de un caso de discrecionalidad de los previstos en el artículo 54.1.f) de la Ley 30/1992, sino de un caso en que la ley habilita al Gobierno “para que desarrolle la libertad de apreciación que es propia de los conceptos jurídicos indeterminados”. Así, el término “candidato más adecuado” es un concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esta competencia de nombramiento que tiene atribuida el Gobierno.

Pero, aunque el Tribunal Supremo intente demostrar que estos nombramientos discrecionales son en realidad aplicación de conceptos indeterminados y no casos de potestad discrecional, lo cierto es que emplea la expresión “margen de apreciación”. Y ya indicó SÁNCHEZ MORÓN que “si se admite que existe ese margen de apreciación, quiere decirse que la Administración puede llevar a cabo aplicaciones distintas del concepto que serían igualmente lícitas, lo que pone en cuestión que exista una sola solución jurídicamente aceptable (...), de manera que si se puede llegar a varias soluciones jurídicamente aceptables, es que se está ejerciendo una potestad discrecional. De hecho, como en el ejercicio de toda potestad discrecional, la Administración está llamada en estos casos a completar una norma imprecisa en el proceso aplicativo”. En esta misma línea BACIGALUPO SAGGESE¹⁵⁷¹ indica que, si “tanto la aplicación de conceptos indeterminados en su zona de incertidumbre como el ejercicio de la discrecionalidad consisten en una misma tarea (a saber: la perfección o integración en sede aplicativa del supuesto de hecho –imperfecto- de la norma habilitante), es evidente que se conciben ambas cosas como manifestaciones de un mismo fenómeno de naturaleza (materialmente) normativa”.

El caso es que, como pone de manifiesto BACIGALUPO¹⁵⁷², resulta contradictorio que el Tribunal Supremo exija la motivación cuando caben varias opciones en el caso de las potestades discrecionales, y no la exija cuando también hay varias opciones dentro del “margen de apreciación” propio de los nombramientos discrecionales. Y es que, siempre que la Administración pueda elegir entre varias opciones (por causa de tratarse de conceptos jurídicos indeterminados o de potestades discrecionales), debe motivarse la opción elegida. Y, en este sentido concluye BACIGALUPO que, dado que el deber de motivación tiene por objeto compensar la falta de densidad normativa sobre una materia y posibilitar el control judicial, debe exigirse más motivación cuanto mayor sea el margen de decisión.

¹⁵⁷¹ BACIGALUPO SAGGESE, M., *La discrecionalidad...*, op.cit., pg. 203 y ss.

¹⁵⁷² BACIGALUPO SAGGESE, M., “Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003, pgs.40 y 46.

En todo caso, sobre el deber de motivar las decisiones dictadas en virtud de la denominada discrecionalidad técnica, el Tribunal Supremo abrió una interesante línea en las sentencias de 29 de mayo de 2006 y 27 de noviembre de 2007, relativas al control judicial de las propuestas de adjudicación de plazas judiciales efectuadas por el Consejo General del Poder Judicial, donde señala que “la exigencia sustantiva consiste en la obligación que tiene el Consejo General del Poder Judicial, a la vista de las singulares plazas convocadas y los concretos aspirantes que participen en la convocatoria, de identificar claramente la clase de méritos que ha considerado prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento”. Por tanto, se exige por el Tribunal Supremo “dejar claramente explicadas y objetivadas las concretas circunstancias de mérito y capacidad con las que se justifica su decisión de nombrar a una determinada persona con preferencia de los demás aspirantes a la misma plaza”.

4.- También se argumenta a favor de la innecesariedad de motivación que el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 se remite, en cuanto a las exigencias de motivación, a lo que determinen las normas reguladoras de cada convocatoria, de modo que constituiría una excepción al apartado 1 de dicho artículo 54. En esta línea, el Tribunal Supremo, en sentencias de 5 de julio de 1996, 14 de julio y 10 de octubre de 2000 y 28 de octubre de 2003, ha llegado a admitir como motivación suficiente la sola expresión de la calificación numérica del ejercicio, con base en que las normas reguladoras del proceso selectivo no exigían la expresa motivación de las calificaciones.

Sin embargo, como ha indicado BACIGALUPO SAGGESE¹⁵⁷³, el hecho de que el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 se remita a las normas reguladoras de las correspondientes convocatorias no es una remisión en blanco o incondicionada a lo que éstas dispongan, ya que dicho artículo exige en todo caso que en el procedimiento queden acreditados los fundamentos de la resolución adoptada. Entiende el citado autor que dentro de la expresión “fundamentos de la resolución que se adopte” utilizada por dicho artículo 54.2 se comprenden no sólo los fundamentos formales (tales como la competencia), sino también los fundamentos materiales. En este sentido, concluye que la motivación de los actos administrativos tiene la función de facilitar el control judicial de tales actos, por lo que ha de ser una motivación material. Por ello, considera de dudosa compatibilidad con el artículo 54 de la Ley 30/1992 al artículo 56.2 del Real Decreto 364/1995, que exige la mera motivación formal de los nombramientos discrecionales.

Por tanto, si bien existen normas reglamentarias que exigen de motivar sustantivamente los actos de los órganos de selección¹⁵⁷⁴, el hecho de que el

¹⁵⁷³ BACIGALUPO SAGGESE, M., “En torno a la motivación...”, op.cit., pg. 407 y ss., y “Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados...”, op.cit., pg. 29 y ss.

¹⁵⁷⁴ Como el citado Real Decreto 364/1995 en relación con los actos dictados en virtud de la denominada discrecionalidad técnica.

artículo 54.2 de la Ley 30/1992 exija que en el expediente administrativo quede constancia de los fundamentos de la resolución adoptada, aunque no exija que en ésta se exterioricen éstos, significa que tales fundamentos deben figurar en algún otro documento. En esta línea, entiende BACIGALUPO SAGGESE, en el caso de los nombramientos discrecionales en las Carreras Judicial y Fiscal, que los fundamentos deben figurar explicitados en los Informes previos que deben emitirse en dichos procedimientos administrativos, por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal y el Fiscal General del Estado.

5.- También se ha argumentado la no procedencia de exteriorizar la valoración individualizada de cada mérito si procedía efectuar una valoración conjunta. Sin embargo, la doctrina ha señalado que la apreciación conjunta, “no puede ser una excusa para no valorar cada uno de los criterios, sino que éstos deben ser objeto de un análisis individualizado”.¹⁵⁷⁵ Asimismo, la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de noviembre de 1978 señaló que “la apreciación conjunta, pues, no puede ser una excusa para no valorar cada uno de los criterios, sino que esto debe ser objeto de un análisis individualizado; aunque no se sumaran unos a otros para fijar el resultado final es evidente que dicho resultado estará determinado por una operación lógica, ponderada, de conjunción y de enlace de los diferentes elementos en el que consistirá esa apreciación conjunta”.

Por otro lado, debe aludirse a la deficiente interpretación que se ha hecho de la expresión “sucinta” que utiliza la Ley 30/1992 para indicar el modo en que debe realizarse la motivación. Así, IGARTÚA SALAVERRÍA¹⁵⁷⁶ indica que está muy generalizada la creencia de que la expresión “sucinta” implica una reducción del rigor de la motivación, pero que en realidad el carácter sucinto de la motivación no se opone a la suficiencia de ésta. El adjetivo sucinto se predica del estilo utilizado para expresar la motivación, y el adjetivo suficiente se predica de la estructura de dicha motivación, la cual debe explicitar el *íter* lógico a través del cual se ha llegado a la solución adoptada por el acto administrativo. Como indica dicho autor, “en lo atinente al contenido es innegociable exigir una motivación completa (que justifique todos los aspectos relevantes de la decisión mediante argumentaciones suficientes)”.

Se propone dicho autor desentrañar los requisitos que ha de cumplir el discurso de la motivación, si bien parte de que las leyes no dan ningún dato al respecto, por lo que tales requisitos debe determinarlos a través de una serie de razonamientos lógicos que parten de que la motivación es un discurso orientado a justificar la decisión, explicitando los argumentos que constituyen el fundamento y legitimidad de la decisión adoptada por la Administración. Sobre esta base, concluye el citado autor que la motivación debe proporcionar “un armazón

¹⁵⁷⁵ GALLEGO ANABITARTE, A., prólogo a MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, pg. 34.

¹⁵⁷⁶ IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad y motivación. (Algunos aspectos teórico-generales)*”, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003, pg. 151.

organizativo racional a la susodicha decisión discrecional”. Y dicho armazón debe ser suficiente, completa y además congruente con la decisión adoptada. Debe hacerse hincapié en la suficiencia de la motivación, en el sentido de que debe permitir conocer cuáles son los criterios que se han aplicado para adoptar la decisión. Y ello conectado con el derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido de que, para impugnar el acto administrativo, y para enjuiciarlo el Tribunal, es necesario conocer el *iter* lógico a través del cual se adoptó. En definitiva, en ocasiones se intenta aparentar motivación mediante la expresión de un texto diferenciado que en realidad no justifica la decisión adoptada en modo alguno.

Distingue IGARTÚA SALAVERRÍA¹⁵⁷⁷ dos casos: el caso de los concursos en que no hay un alto número de participantes, donde la motivación insta la garantía y transparencia de la decisión adoptada. En segundo lugar, el caso de los exámenes, donde también rige la eficacia y celeridad, que imponen una rebaja en la motivación. Pero en este caso, dice el citado autor que “si hemos de conformarnos con una puntuación numérica, esa rebaja en la garantía debe ser compensada por una estrecha relación entre la cifra (que expresa la valoración del examen) y la predeterminación de los criterios de valoración”, de manera que “la predeterminación de los criterios y de su cuantificación debe ser tan detallada que permita correlacionar fácilmente la puntuación numérica con los criterios establecidos”.

En esta línea, y como indica CHAVES GARCÍA¹⁵⁷⁸, las exigencias de motivación varían en función del tipo de prueba. Así, en las pruebas de examen se admite la mera expresión de la puntuación numérica, si las bases reguladoras del proceso selectivo no exigen otra cosa. Así, la STS de 13 de octubre de 2004 señala que “las bases de la convocatoria, no le exigían una expresa motivación de sus calificaciones, por lo que la sola expresión de las puntuaciones era suficiente para tenerlas formalmente por válidas y por tanto, no es de apreciar en la actuación del Tribunal Calificador una falta de motivación con entidad invalidante”. También la STS de 5 de julio de 1996 entendió que era motivación suficiente la simple nota con la que se califica el ejercicio realizado por el opositor. Sin embargo, como indica MARTÍN MORENO¹⁵⁷⁹, la motivación difícilmente existe cuando “el opositor se encuentra ante una fría calificación que le impide articular adecuadamente su defensa”.

En cambio, en el caso de las baremaciones de méritos, se exige una mayor motivación, debiendo ir la puntuación numérica acompañada de la explicación de su fundamentación. Así, en cuanto a la necesaria transparencia del procedimiento de valoración de los méritos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de marzo de 1992, ya indicó que en el acta del órgano de selección deben figurar las puntuaciones concretas en cada mérito atribuidas a cada aspirante, no solamente

¹⁵⁷⁷ IGARTÚA SALAVERRÍA, J., “Discrecionalidad y motivación...”, op.cit., pg. 155.

¹⁵⁷⁸ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pgs. 190 y 191.

¹⁵⁷⁹ MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones...*, op.cit., pg. 173.

una puntuación global final. También el Tribunal Constitucional, en la sentencia 40/1999, analiza el caso de un concurso-oposición en el que se alegaba falta de motivación de las puntuaciones otorgadas por el órgano de selección. El Tribunal Supremo había señalado que “tal omisión no tiene la suficiente entidad para conducir a la nulidad de las actuaciones, pues la falta de motivación no es determinante de arbitrariedad o discriminación, sino en el ejercicio de una de las facultades discrecionales que le corresponden al Tribunal”.

El Tribunal Constitucional afirma que “aún admitiendo que la puntuación otorgada debía haberse justificado por los miembros del Tribunal mediante la formulación por escrito de un juicio razonado sobre cada uno de los méritos alegados, escritos que se unirían al Acta correspondiente, no es menos cierto que dichos escritos fueron formulados y adjuntados al Acta de la prueba, constando en ellos la puntuación, de uno y otro candidato, que se otorgaba “como resultado de la valoración de los méritos citados en los epígrafes a) a h) del Anexo I de la Resolución convocando las pruebas”. De lo expuesto cabe deducir que el Tribunal Constitucional exige, como contenido de la motivación, que el órgano de selección explique la fundamentación de la puntuación asignada.

En esta línea, y en relación con la motivación exigida por el Real Decreto 1888/1984, la STS de 19 de noviembre de 2008 señala que “no es una motivación aceptable la que se limite a emitir abstractos juicios de valor que no detallen las concretas actividades a que son referidas, ni tampoco el criterio cualitativo que determine esa valoración”; asimismo, en relación con el informe razonado sobre la valoración de cada concursante previsto en dicho Real Decreto, señala que deberá consignar, “respecto cada candidato estos elementos:

1.- Los concretos criterios tenidos en cuenta para realizar la estimación cualitativa de las actividades investigadoras y docentes alegadas por los candidatos en su currículum vitae. En relación con esos criterios la Comisión Examinadora goza del amplio margen que corresponde a toda actividad encuadrable dentro de la llamada discrecionalidad técnica, hasta el límite que significa la interdicción de la arbitrariedad, pero debe fijarlos señalando con claridad en qué consisten.

Pudiéndose señalar aquí con mero carácter ejemplificativo una relación de algunos de ellos. Así: la importancia del problema que haya sido objeto de investigación en cada uno de los trabajos aportados como méritos; la innovación que el resultado de esa investigación haya significado en la rama de saber de que se trate; el reconocimiento de que haya sido objeto cada trabajo en los círculos científicos; el prestigio que, según datos objetivos, sea de apreciar en el centro de enseñanza o congreso de que se trate en el caso de méritos docentes o consistentes en asistencias a esos congresos; etc.).

2.- La enumeración detallada de todos y cada uno de los trabajos y actividades aducidos como méritos científicos (como publicaciones, ponencias, etc.) y de las distintas experiencias o servicios invocados como méritos docentes.

3.- La explicación en cada uno de esos singulares méritos científicos y docentes, y también en el proyecto docente y en el tema desarrollado en la segunda prueba, de lo siguiente: cual ha sido el concreto criterio de estimación cualitativa que ha sido aplicado y cual es el resultado de valoración al que se ha llegado como consecuencia de esa aplicación.

Las anteriores exigencias no son de apreciar en los informes razonados que fueron emitidos en los concursos aquí litigiosos, pues se limitaron a realizar calificaciones abstractas y globales sin detallar el juicio valorativo que merecía cada uno de los méritos, ni tampoco el concreto criterio seguido para la estimación realizada”.

Pero los órganos judiciales no siempre exigen una suficiente motivación. Así, en el ámbito de las valoraciones de méritos, debe destacarse la sentencia del Tribunal Supremo, de 5 de julio de 1996, en la que se indicó que “las decisiones de la Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora están suficientemente motivadas aunque no manifiesten explícitamente las razones por las que valoran negativamente un período o períodos de investigación, cuando hacen suyas las puntuaciones asignadas por los Comités Asesores al valorar globalmente el conjunto de aportaciones en cada uno de los criterios objeto de evaluación”. Pero la cuestión era que el Comité Asesor no había explicitado la motivación, y la Comisión Nacional se había limitado a ratificar lo decidido por éste.

En todo caso, está generalmente admitida la que podríamos denominar “motivación a posteriori”, es decir, la exteriorización de los fundamentos de la decisión con posterioridad a la adopción de la misma, cuando alguno de los participantes en el proceso selectivo lo exige. Así, las SSTS de 15 diciembre 2011, 19 de julio de 2010 y 10 de mayo de 2007, aluden a 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. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, 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”.¹⁵⁸⁰

En particular, la STS de 18 de marzo de 2011 alude a la doctrina de la irrevisabilidad de la discrecionalidad técnica, pero con la ya clásica matización de que hay ciertos aledaños de la decisión discrecional que sí son controlables y, a este respecto, aclara que se han producido dos fases evolutivas en dicha doctrina: en primer lugar, existe la interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), que implica la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.¹⁵⁸¹ En segundo lugar, la

¹⁵⁸⁰ Ver también la STSJ de Madrid de 20 de septiembre de 2005 y la STS de 16 de junio de 2008.

¹⁵⁸¹ En esta línea, véase la STS de 10 de mayo de 2007.

jurisprudencia viene definiendo cual debe ser el contenido de la motivación para que pueda ser considerada válidamente realizada.

Y, a este respecto, el Tribunal Supremo viene señalando que es preciso que la motivación cumpla lo siguiente: que exprese el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, que exprese los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico, y que exprese por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado.¹⁵⁸² Concretamente, concluye la citada sentencia que “no puede justificarse el ejercicio de la discrecionalidad técnica sin poner de manifiesto los criterios de corrección aplicados al caso ante una reclamación y un recurso, precisos y concretos, con la mera remisión a las facultades propias de la misma y a la aplicación de unos criterios que ni siquiera constan en el expediente”.

Sobre la falta de motivación resulta muy aclaratoria la STS de 15 diciembre 2011¹⁵⁸³, que, en relación con una prueba psicotécnica, señala que “no resulta admisible que se le negara al recurrente el conocimiento de los criterios en función de los que iba a ser evaluado (...). Téngase en cuenta que en esos criterios no se trataba sólo de la definición de un concreto test psicológico, respecto de cuyo conocimiento previo por los opositores pudiera, en su caso, justificarse la reserva (...), y ello siempre que en las bases se hubiera establecido la necesidad de someterse a un test y la puntuación de su resultado, aunque el test no se publicara, sino de la determinación de los factores a valorar, de la del perfil del puesto y la de los aspirantes a él, así como de la baremación de los distintos factores en función de puntuaciones necesarias para obtener la calificación de apto. Respecto de nada de ello es justificable ninguna reserva, ni por tanto que pueda ser sustraído al conocimiento del opositor. Por el contrario (...), supone una opacidad inaceptable, que, si lo es ya en su punto de partida, adquiere relevancia especial cuando, solicitados por el recurrente los elementos documentales indicados en su petición de revisión del día 31 de enero de 2006, que en realidad se contendrían en las actas de las sesiones de 29 de diciembre de 2005 y 23 de enero de 2006, (...), le son negadas (...). Pero la vulneración se intensifica todavía más, cuando, pedida por el recurrente revisión de su prueba a que nos acabamos de referir, no se le da la explicación a la que tenía derecho, o al menos ese extremo no queda justificado en el expediente, como sería preciso. Se viola por ello la exigencia de motivación del acto discrecional, que, como límite de la discrecionalidad técnica, requiere nuestra jurisprudencia.

Sobre el particular es elocuentemente expresiva de lo que venimos calificando como opacidad inaceptable el acta de revisión del ejercicio, de fecha 23 de febrero de 2006, en la que por toda explicación se da la siguiente (...): «Que en

¹⁵⁸² En este sentido, las SSTS de 10 de octubre y 27 de noviembre de 2007, 19 de mayo de 2008 y 1 de abril de 2009.

¹⁵⁸³ En supuestos similares se han dictado, ratificando este criterio, las SSTS de 2 de noviembre de 2012 y 13 de marzo de 2013.

fecha 23 de febrero de 2006, el señor Nicolás realiza la revisión presencial solicitada ante un miembro del Tribunal Calificador y una de las psicólogas que ha participado en el proceso de selección, en la cual se da respuesta a todas las cuestiones planteadas por el participante». (...) Si aceptásemos que el Tribunal Calificador, al que se pide explicación de los motivos por los que ha resuelto declarar no apto a un opositor disconforme con tal resolución, cumple con el deber de motivar su decisión con la sola afirmación de que ha dado la explicación que se le pedía, sin consignar en el acta correspondiente contenido alguno de la explicación que en ella dice haber dado, si aceptásemos, reiteramos, eso como motivación, habríamos abierto el paso a la pura arbitrariedad, proscrita por el artículo 9.3 CE, lo que consecuentemente nos lleva a la conclusión de que la resolución referida carece de motivación”.

Debe citarse también la STS de 6 de julio de 2011, que señala que “la declaración de falta de aptitud en los cursos formativos subsiguientes a la superación de un proceso selectivo, habida cuenta el esfuerzo que hubo de llevar a cabo el aspirante para esto último, deben ir acompañados de un riguroso nivel de exigencia, por lo que cualquier juicio de valor emitido para hacer esa declaración de falta de aptitud habrá de tener una clara de motivación que, por un lado, incluya los concretos datos objetivos en que se apoya y, por otro, demuestre su coherencia con los demás elementos obrantes en el procedimiento administrativo. Y esta motivación ha de ser especialmente intensa cuando la evaluación está referida a actitudes o conductas del aspirante que, por no tener establecidos unos parámetros objetivos de medición, otorgan un amplio margen de apreciación al órgano calificador”.

También la STS de 7 noviembre 2011 se refiere a un proceso selectivo de acceso a un Cuerpo de Policía autonómico, que, dentro de un curso de formación que tenía carácter selectivo, incluía una Valoración de Actitudes, en la que se realizaba una entrevista, la cual no fue transcrita. La sentencia concluye que “esta circunstancia impide al recurrente defenderse de la actuación administrativa que tiene por soporte la valoración formada de la forma indicada ya que no es suficiente la puntuación derivada de la entrevista, ni siquiera teniendo en cuenta las notas aclaratorias de la psicóloga ya que no hace referencia al caso del recurrente, sino que se limita a explicar la metodología seguida. (...) El desconocimiento de los términos en que se realizó la entrevista hace insuficiente la motivación consistente en la puntuación. En este sentido, hemos de recordar el criterio que venimos manteniendo al respecto y que se puede resumir diciendo que la calificación numérica asignada a un aspirante en un proceso selectivo no es motivación bastante cuando sea discutida por el interesado (sentencias de 18 y 2 de marzo de 2011 y las que en ellas se citan)”.

Por su parte, la STS de 2 marzo 2011 se refiere a un examen consistente en dos supuestos prácticos en materia de gestión informática, que contienen dieciséis preguntas técnicas y concretas, algunas de las cuales no contesta el recurrente. El órgano de selección asigna una nota global a cada uno de los

supuestos, pero no existe en el examen “ningún rasgo o señal de que el ejercicio haya sido corregido con indicación de las preguntas que están incorrectamente contestadas y las que están bien, ni de las puntuaciones que se han concedido a partir de los cuales se pueda conocer el criterio de decisión del Tribunal sobre cuales son las respuestas que se deben considerar como correctas”.

En todo caso, el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 establece que deberán, “*en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte*”. Esta expresión tiene gran trascendencia, porque los fundamentos de la resolución que establece los aspirantes que superan el proceso selectivo son los razonamientos efectuados por el órgano de selección sobre las pruebas o méritos sobre los que ha girado el proceso selectivo. Como se ha expuesto, estos razonamientos deben figurar en algún documento del expediente y, además, debe quedar constancia en el expediente de dichas pruebas o méritos, para poder constatar la razonabilidad y no arbitrariedad de aquellos razonamientos. Por tanto, los méritos alegados por los participantes y los documentos justificativos de los mismos, en el caso de concurso y de concurso-oposición, así como las pruebas realizadas por los aspirantes, en el caso de que se trate de oposición o concurso-oposición, han de figurar en el expediente administrativo. Esta documentación (que puede en parte figurar en formatos audiovisuales, por ejemplo, si se trata de exámenes orales), es la que permite determinar si ha habido o no arbitrariedad en la valoración de las pruebas y méritos de los participantes. Pero el fundamento de la resolución adoptada, si ésta consiste simplemente en asignar una puntuación, es algo más: es la explicación de dicha puntuación.

Por tanto, el órgano de selección no queda en realidad eximido de motivar sus decisiones, como parece deducirse del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, sino que lo que sucede es que dicha motivación no se refleja en la resolución final, pero sí debe constar en el expediente administrativo. Y ello por cuanto ese es el significado de la palabra “fundamento”, así como porque, en caso contrario, se verían lesionados el derecho a la defensa de los aspirantes y el principio de transparencia administrativa. Y, de acuerdo con lo ya expuesto sobre el derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo completo, cualquiera de los participantes en el proceso selectivo podrá requerir que se le ponga de manifiesto dicho “fundamento”.

Lo expuesto se fundamenta en la legislación vigente (artículo 54 de la Ley 30/1992), pero, como ya se ha indicado, debido a las diversas interpretaciones existentes (incluso a nivel judicial), la seguridad jurídica de los ciudadanos y el respeto a esta garantía de la motivación hacen imprescindible que el legislador regule expresamente este deber de motivación y de acreditación de fundamentos en el expediente administrativo, disponiendo lo siguiente:

- Los razonamientos de los miembros del órgano de selección en las deliberaciones de éste deberán quedar reflejados en el acta de la sesión del mismo.

- En dicho acta deberá constar la puntuación asignada por cada miembro.

- En el caso de ejercicios orales o escritos, la puntuación no podrá limitarse a apto o no apto.

- En el caso de baremación de méritos, sin perjuicio de que proceda efectuar una valoración global, deberá explicitarse la puntuación asignada a cada apartado del baremo de méritos.

- Si el interesado lo solicita, se le deberán explicitar detalladamente los motivos de su puntuación.

- En el procedimiento administrativo deberá quedar constancia (documental, audiovisual o en el soporte que proceda) de las pruebas realizadas (exámenes escritos, orales, entrevistas, etc.). Sobre el examen oral decía GARCÍA-TREVIJANO que es la prueba que “detecta mejor la personalidad del sujeto”, si bien le atribuía el principal defecto de no dejar rastro material, lo cual era un inconveniente para la vía de los recursos, si bien añadía que era un defecto “que se puede y debe subsanar mediante la utilización de sistemas mecánicos que recojan las intervenciones, no sólo de las entrevistas, sino de las deliberaciones de los miembros del tribunal que afecten a la inclusión o exclusión de los aspirantes”.¹⁵⁸⁴ Refiriéndose al ámbito de los exámenes del alumnado universitario, MOREU CARBONELL destaca la normativa de exámenes de la Facultad de Derecho de Valencia, donde se indica que “tanto a instancia del estudiante como de los profesores” pueden grabarse las pruebas orales. Incluso, “en este tipo de exámenes efectuar la grabación será requisito para la impugnación, ya que es la única prueba material del examen”.

2.- LOS PLAZOS DE TRAMITACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SELECTIVOS

2.1.- Introducción

Una cuestión de gran relevancia para el respeto al derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad es que, una vez incluidas unas plazas en la Oferta de empleo público, se tramiten efectivamente los procedimientos selectivos, para lo cual es determinante que se produzca la convocatoria de los mismos dentro de un plazo razonable, así como que la duración de dichos procedimientos no se eternice.

¹⁵⁸⁴ GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Vol. I, 1970, pg. 519.

Los abusos de las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público a este respecto son reiterados.¹⁵⁸⁵ Así pues, el respeto al citado derecho fundamental impone que se regule esta cuestión de forma detallada, cuestión a la que el EBEP no ha efectuado grandes contribuciones, como se expone a continuación.

2.2.- Plazo para iniciar los procesos selectivos

En cuanto al plazo para iniciar los procesos selectivos, es decir, el momento en que han de efectuarse las convocatorias, la Ley 30/1984, inicialmente, estableció que la publicación de la Oferta de empleo público obligaba a convocar los procesos selectivos dentro del primer semestre de cada año natural, los cuales debían concluir antes del 1 de octubre de cada año. Sin embargo, teniendo en cuenta el general incumplimiento de esta previsión por las Administraciones Públicas, la Ley 22/1993 suprimió esta previsión.

Actualmente el EBEP dispone en su artículo 70 que la Oferta de empleo público debe aprobarse anualmente y fijar el plazo máximo para la convocatoria de los procesos selectivos, pero también establece que *“la ejecución de la Oferta de empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años”*. Al respecto, FONDEVILA ANTOLÍN¹⁵⁸⁶ considera inexplicable el hecho de que, por un lado, el EBEP establezca el principio de agilidad en los procesos de selección y, por otro lado, conceda un largo plazo de 3 años para desarrollarlos. Además, destaca que no existe ninguna previsión legal sobre la sanción que procedería en el caso de que las Administraciones Públicas incumplan este plazo. Por tanto, el plazo establecido en el EBEP es excesivo y no cuenta con mecanismos que aseguren su efectivo respeto.

En cuanto se refiere a las leyes de desarrollo del EBEP, algunas leyes autonómicas sí efectúan alguna previsión expresa al plazo para convocar el procedimiento selectivo. Así, la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, establece en su artículo 44 que, *“publicada la Oferta de empleo público, se procederá, con anterioridad al 1 de octubre del año correspondiente, a*

¹⁵⁸⁵ Como ejemplo, puede recordarse que el Justicia de Aragón analizó en el Expediente DI-128/2007-4 la tremenda lentitud en la tramitación del proceso selectivo para el acceso al Cuerpo Auxiliar de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Escala Auxiliar de Enfermería, Clase de Especialidad Auxiliares de Enfermería, donde transcurrieron casi cuatro años entre la aprobación por Decreto de la Oferta de empleo público y la finalización de las pruebas selectivas.

¹⁵⁸⁶ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 85. También FÉREZ FERNÁNDEZ, M., “El estatuto jurídico de los empleados públicos en las Administraciones autonómicas”, en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dykinson, Madrid, 2009, pg. 76, y “Planificación de recursos...”, op.cit., pg. 526.

efectuar las convocatorias de las pruebas selectivas". Por su parte, la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, dispone, en su artículo 46, que *"aprobada la Oferta de empleo público, se convocarán, en el plazo máximo fijado en la misma, los correspondientes procedimientos selectivos para la cobertura de las vacantes incluidas y hasta un diez por ciento adicional. En la administración de la Generalitat la ejecución de la Oferta de empleo público deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de dos años"*.

Algunas leyes autonómicas establecen que, publicada la OEP o vigente la Ley de Presupuestos, se deberán convocar las pruebas selectivas dentro de los tres meses siguientes (así el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid¹⁵⁸⁷, y el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia).

Sin embargo, en otros casos la legislación no dispone nada al respecto. Este es el caso de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la comunidad autónoma de las Illes Balears, o del Decreto Legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la función pública de Galicia.

Debe destacarse que, a la vista de algunas resoluciones judiciales, se aprecia la necesidad de que la legislación sea clara al regular los plazos para convocar procesos de selección. Así, deben destacarse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de enero y 24 de junio de 2002, que resolvieron sendos recursos por los que se reclamaba la convocatoria de las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional que se hallaban cubiertas por libre designación o designación temporal. El recurso se dirigía contra la inactividad del Tribunal Constitucional, que no convocaba concurso-oposición para cubrir las plazas de Letrados. Al respecto, el artículo 97.1 LOTC se limitaba a señalar que el Cuerpo de Letrados estaba "constituido por concurso-oposición". Sobre este artículo, señaló el Tribunal Supremo que "ya de entrada, se advierte que ni señala, en concreto, qué condiciones o requisitos han de reunir los aspirantes a dichas plazas –sobre si ya han debido acceder antes a la condición de funcionarios públicos o si ello es innecesario– ni un plazo determinado para verificar las oportunas convocatorias".

El supuesto era complejo, porque además resultaba dudosa la legalidad del artículo 44.1 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional, que preveía la adscripción temporal de Letrados, frente al artículo 97 LOTC que sólo mencionaba el concurso-oposición, aunque el Tribunal Supremo apreció que "el sistema de designar Letrados del Tribunal Constitucional, por

¹⁵⁸⁷ Esta previsión está suspendida durante el ejercicio 2012 por la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012.

medio de concurso-oposición, que se integrarán en el Cuerpo de Letrados, es compatible con el sistema de cobertura de plazas de Letrado por vía de adscripción temporal, a la que se refiere el artículo 44.1 del Reglamento de Organización y Personal”.

Por estos motivos, el Tribunal Supremo rechazó que la Ley impusiera, en los términos requeridos por el artículo 29.1 de la LJCA (sobre el recurso contra la inactividad administrativa), la actividad que se reclamaba, por no establecerse en el artículo 97.1 LOTC la concreta prestación, derivada de una obligación simple y categórica, que se pretende en el recurso contencioso-administrativo. Más allá de la legalidad del artículo 44 del citado Reglamento, lo que aquí interesa es el análisis de la regulación legal de un plazo para convocar. Como puede verse, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo provenía, en buena parte, de lo escueto de la regulación legal (en este caso, artículo 97 LOTC). Por tanto, los órganos judiciales no parecen dar una respuesta garantista al afectado si la ley no impone expresamente el plazo para convocar y tramitar los procesos selectivos.

Además, el Tribunal Supremo señaló que “del artículo 97.1 de la LOTC no resulta la necesidad legal directa de que «todas» las plazas deban cubrirse por el sistema del concurso-oposición, y, en este punto, interesa subrayar que la independencia del Tribunal Constitucional con relación a los demás órganos constitucionales (...), se ve robustecida con la autonomía reglamentaria, administrativa y financiera de que se encuentra dotado (...), al tratarse de una potestad reglamentaria, administrativa y de organización interna, basada en la autodeterminación normativa del Tribunal, (...), que actúa sus facultades como un órgano constitucional en ejercicio de potestades de autoorganización que le son propias, sobre todo en un específico ámbito referido al personal, en el que son más sensibles y necesarias previsiones propias para la adecuada atención del servicio que se le encomienda (como también recoge el artículo 102 de la Ley Orgánica 2/1979) y que forzosamente deben responder a criterios propios de la Administración”.

No puede compartirse aquí esta reflexión, porque la potestad de autoorganización no implica el derecho a fijar cómo han de ser cubiertas las plazas, ni en qué plazo máximo han de ser convocados los procesos selectivos que procedan. Estas cuestiones atañen directamente al derecho de los artículos 14 y 23.2 CE, y deben venir reguladas por la legislación vigente, no quedar a voluntad de ninguna autoridad concreta. La autoorganización implica decidir la estructura de puestos de trabajo, y decidir sobre la necesidad de cubrir plazas, pero en el bien entendido de que serán cubiertas de acuerdo con lo dispuesto en la normativa vigente.

Por tanto, ante la falta de una norma expresa que regulara la convocatoria de los procedimientos de concurso-oposición para el acceso al Cuerpo de Letrados del Tribunal Constitucional, no se condenó a éste a realizar dichas convocatorias. Lo expuesto, en definitiva, produce la total indefensión de los ciudadanos que, ante

la inactividad del poder público que debe convocar los procesos selectivos, no encuentran respuesta ante los órganos judiciales, porque éstos entienden que no hay ninguna obligación legal que exigir, ya que la normativa aplicable no la impone.

Esta interpretación judicial, sin embargo, no es garantista del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, porque permite que la Administración Pública, amparándose en una legislación insuficiente, no incluya las plazas en la OEP y no tramite los correspondientes procesos selectivos. Ante la insuficiente legislación, los órganos judiciales deben aplicar directamente los artículos 14 y 23.2 CE, y obligar a la Administración a tramitar esos procesos selectivos. Si la ley es insuficiente, siempre se podrá determinar, bajo la regla del sentido común y la racionalidad, lo que requiere el respeto al citado derecho fundamental, que es ordenar al Ente correspondiente que tramite el proceso selectivo en un plazo razonable, fijado por el órgano judicial.

En todo caso, y vista la respuesta dada por la citada sentencia del Tribunal Supremo, es absolutamente necesario que la normativa regule en todo momento y para todos los casos, los plazos para convocar y tramitar los procesos selectivos.

Por tanto, es evidente que el respeto al derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público exige la efectiva tramitación de los procesos selectivos en un tiempo razonable, y que la ley debe determinar un plazo máximo en un doble sentido: en primer lugar, un plazo máximo que no pueda ser superado por la normativa reguladora de los concretos procesos selectivos, y, en segundo lugar, un plazo máximo con carácter supletorio, para el caso de la normativa regulada del concreto proceso selectivo no disponga nada al respecto. Lo expuesto determina que debe reformarse el EBEP, para imponer que los procesos selectivos se tramiten dentro de un plazo inferior al de tres años que actualmente establece el EBEP. Una previsión razonable sería establecer legalmente que los procesos selectivos correspondientes a la Oferta de empleo público se concluyan dentro del año natural en que se publica la Oferta de empleo público.

Por otro lado, aunque actualmente el EBEP establece un plazo máximo para desarrollar los procesos selectivos (tres años), que a su vez es concretado por diversas normativas (leyes autonómicas, etc.), lo cierto es que la normativa no prevé qué mecanismos cabe utilizar para exigir su cumplimiento. La inexistencia de tales mecanismos dejaría sin efectividad ninguna a dicha previsión legal.

Al respecto, CHAVES GARCÍA¹⁵⁸⁸ indica que, una vez que una plaza está incluida en la OEP, y también si está en la RPT y se halla cubierta por personal interino, puede ejercerse la oportuna reclamación frente a la inactividad administrativa respecto de la obligación de cubrir las vacantes.¹⁵⁸⁹ En relación con

¹⁵⁸⁸ CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos...*, op.cit., pg. 49.

¹⁵⁸⁹ También PÉREZ LUQUE entiende que cabe interponer el recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración (PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 195).

ello, el artículo 10.4 EBEP sí prevé expresamente el caso de las plazas vacantes cubiertas por funcionarios interinos, ordenando que se incluyan en la en la OEP correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Ahora bien, no se trata de una norma sobre mecanismos para lograr que se convoquen los procesos selectivos relativos a las plazas incluidas en la OEP, sino que incluso ha de ser un mecanismo para que las plazas sean incluidas en la OEP.

En cuanto a exigir la convocatoria en plazo del proceso selectivo respecto de plazas que han sido incluidas en la OEP, dado que la Administración o Ente del Sector Público cuya plaza está incluida en la OEP, tiene legalmente la obligación de desarrollar el proceso selectivo en un determinado plazo (el que disponga la normativa aplicable y, en todo caso, el de tres años según el EBEP), el ciudadano interesado en participar en el correspondiente proceso selectivo puede interponer recurso contencioso-administrativo para exigir el cumplimiento de dicha obligación. Y, de acuerdo con la legalidad vigente, la sentencia deberá condenar a la Administración o Ente del Sector Público a convocar dicho proceso selectivo dentro del plazo legalmente establecido. No obstante, este mecanismo debe ser objeto de una mayor concreción legal en aras a su efectividad.

Así, en primer lugar, la ley podría establecer que si se reclama la convocatoria de un proceso selectivo por haberse incumplido el plazo para efectuarla, el órgano judicial dará, en la propia sentencia, un plazo improrrogable de 2 meses a la Entidad demandada para que proceda a efectuar la convocatoria, contado desde que reciba la notificación de la sentencia.

Además, en el caso de que la Entidad demandada incumpla este plazo, las medidas que quedan para obtener el cumplimiento de la sentencia son las previstas en el artículo 112 de la LJCA, según el cual, *“transcurridos los plazos señalados para el total cumplimiento del fallo, el juez o tribunal adoptará, previa audiencia de las partes, las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado. Singularmente, acreditada su responsabilidad, previo apercibimiento del Secretario judicial notificado personalmente para formulación de alegaciones, el Juez o la Sala podrán: a) Imponer multas coercitivas de ciento cincuenta a mil quinientos euros a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado o de la Sala, así como reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades patrimoniales a que hubiere lugar. A la imposición de estas multas les será aplicable lo previsto en el artículo 48. b) Deducir el oportuno testimonio de particulares para exigir la responsabilidad penal que pudiera corresponder”*.

Estos mecanismos pasan por presionar a la persona competente para convocar el proceso selectivo, pero esta presión se dilata a lo largo del tiempo y acaba desembocando en un proceso penal contra dicha persona de incierto

resultado. Es preciso, pues, establecer mecanismos más ágiles y eficaces. Una medida más eficaz y más rápida sería la de ordenar la ejecución subsidiaria de la sentencia, mediante el recurso a expertos. Que la ley procesal dispusiera expresamente que, si la Administración o Ente del Sector Público no ejecuta la sentencia que le condena a convocar un proceso selectivo, el órgano judicial nombrará un experto que elabore la convocatoria, así como las bases reguladoras del proceso selectivo (si las mismas no estuvieran aprobadas por la Administración o Ente demandado en dicho plazo).

Incluso en el caso de las Entidades Locales, la ley podría prever que la Comunidad Autónoma ejercite subsidiariamente la competencia para convocar, como ocurre en otros supuestos en los que la ley prevé que, ante la dejadez del Municipio en el ejercicio de una determinada competencia, ésta sea ejercida subsidiariamente por la Comunidad Autónoma. Como ejemplo orientativo, puede destacarse lo dispuesto en el derogado artículo 99.1 de la LBRL, que prevé la convocatoria supletoria por el Estado de los puestos de trabajo vacantes reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional en determinados casos, previsión que de forma similar en cuanto a su carácter supletorio se recoge en la Disposición Adicional Segunda del EBEP.¹⁵⁹⁰

2.3.- Duración de los procesos selectivos

Sin perjuicio de la fijación del plazo para convocar los procesos selectivos, la garantía del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE implica poner límite también a la duración de los mismos. Al respecto, existen distintas opciones en la legislación vigente, pudiendo citarse la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, que establece en su artículo 44 que *“el procedimiento selectivo deberá resolverse en el plazo que, en atención a sus*

¹⁵⁹⁰ El artículo 99.1 de la Ley 7/1985 disponía que *“el Ministerio de Administraciones Públicas efectuará, supletoriamente, en función de los méritos generales y los de valoración autonómica y de acuerdo con las Comunidades Autónomas respecto del requisito de la lengua, la convocatoria anual de los puestos de trabajo vacantes reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional que deban proveerse mediante concurso y que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: a) Aquellos puestos que, encontrándose vacantes, no hubiesen sido convocados por las Corporaciones Locales en el concurso ordinario. b) Aquellos puestos que, habiendo sido convocados en el concurso ordinario, se hubiesen quedado desiertos. c) Aquellos puestos que, habiendo sido incluidos en el concurso ordinario, no se hubieran adjudicado por la Corporación Local por otras causas. (...)”*.

La Disposición Adicional Segunda EBEP dispone que *“el Ministerio de Administraciones Públicas efectuará, supletoriamente, en función de los méritos generales y los de valoración autonómica y de acuerdo con lo establecido por las Comunidades Autónomas respecto del requisito de la lengua, la convocatoria anual de un concurso unitario de los puestos de trabajo vacantes, reservados a funcionarios con habilitación de carácter estatal que deban proveerse por concurso, en los términos que establezca reglamentariamente el Ministerio de Administraciones Públicas”*.

características, se determine en la convocatoria. Dicho plazo no podrá exceder de ocho meses”.

Por su parte, el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, establece que la realización de las pruebas deberá concluir dentro de los seis meses siguientes a su convocatoria, y la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública obliga a concluir la realización de pruebas antes del cuarto trimestre del año. Otras leyes autonómicas obligan a concluir la realización de las pruebas selectivas antes del 1 de octubre (así, la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid¹⁵⁹¹ y el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia).

Otras leyes, incluido el EBEP, se refieren al plazo global dentro del cual debe efectuarse la convocatoria y tramitarse el proceso selectivo: así, el EBEP y la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, establecen el plazo de tres años desde la aprobación de la OEP para desarrollarla, plazo que es de dos años en la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana. En relación con la realización de pruebas, el artículo 16 del REAL DECRETO 364/1995, establece que en la convocatoria deberá figurar la *“duración máxima del proceso de celebración de los ejercicios. Desde la total conclusión de un ejercicio o prueba hasta el comienzo del siguiente deberá transcurrir un plazo mínimo de setenta y dos horas y máximo de cuarenta y cinco días naturales”.*

En conclusión, sin perjuicio de la fijación del plazo para convocar los procesos selectivos, la garantía del derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE implica poner límite también a la duración de los mismos, una vez convocados, resultando razonable que la ley imponga un plazo de seis meses para concluir el proceso selectivo, una vez convocado. También sería suficiente que la ley estableciera que los procesos selectivos correspondientes a la Oferta de empleo público se concluyan dentro del año natural en que se publica la OEP.

3.- MECANISMOS PARA EVITAR FILTRACIONES

Un importante problema que se ha planteado de forma reiterada en el ámbito de los procesos selectivos en España ha sido el de las filtraciones de los exámenes. Sobre este punto, no siempre se han adoptado las garantías de procedimiento suficientes para evitar el riesgo de filtraciones, y la regulación legal de este aspecto es prácticamente inexistente. En este sentido, pueden proponerse

¹⁵⁹¹ Este plazo también está suspendido durante el año 2012 por la Ley 5/2011, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2012.

las siguientes medidas de procedimiento, que habrán de ser establecidas por la normativa vigente, de manera que la adopción de dichas medidas no quede al arbitrio de los órganos convocantes de los procedimientos de selección. En primer lugar, en relación con las posibles filtraciones provenientes de los propios miembros del órgano de selección, debe indicarse que la medida más eficaz es garantizar la imparcialidad de los mismos. Por tanto, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo 4 del presente trabajo. En todo caso, en el caso de los exámenes tipo test, sí hay determinadas cautelas que deben asegurarse, tales como:

- Que cada miembro elabore un número de preguntas superior en al menos cinco veces al número de preguntas que le corresponda elaborar. Éstas recaerán sobre todo el temario de examen, o al menos, dependiendo de la especialización del miembro del órgano de selección, sobre el cincuenta por ciento.

- Que las redacte en un ordenador de la Administración o Ente convocante al que sólo tengan acceso él y el Secretario del órgano de selección (que deberá tener la condición de funcionario, debido a las funciones de fe pública y custodia que va a tener respecto de esta información). Que las preguntas redactadas en dicho ordenador no puedan ser copiadas en ningún soporte, de manera que ni siquiera el propio miembro del órgano de selección pueda llevárselas consigo.

- Por sorteo ante el Secretario del órgano de selección se determinarán, entre todas las preguntas elaboradas, las que finalmente formarán parte del cuestionario del examen. Así, ni siquiera se podrá alertar a ningún aspirante sobre las materias sobre las que preferentemente recaerá el cuestionario.

- Debe asegurarse una cadena de custodia sobre el examen y sus copias. Así, un ejemplar del examen será impreso por el Secretario del órgano de selección para realizar fotocopias del mismo. El Secretario del órgano de selección (o funcionario en quien delegue) deberá custodiar dicho ejemplar desde que ha sido impreso, durante la realización de las fotocopias, hasta que todos los ejemplares sean introducidos en cajas selladas para su transporte. Tales cajas permanecerán selladas hasta su exposición ante los participantes en el examen en el momento de su realización.

- Los aspirantes deberán contestar el cuestionario con bolígrafo.

- Los ejemplares de hojas de respuestas cumplimentadas deberán ser igualmente custodiados hasta el lugar donde se efectúe su corrección. Si ésta se realiza por empresas contratadas al efecto, deberá estar presente en todo momento el Secretario del órgano de selección o funcionario en quien delegue, comprobando que no se alteran las hojas de respuestas durante la corrección y que a continuación se guardan en cajas selladas y transportadas a los archivos de la Administración o Entidad convocante. En cuanto a los trabajos realizados informáticamente, tales como escaneado de hojas de respuestas, asignación de puntuación, etc., los archivos informáticos donde figuren quedarán en poder de la Administración Pública o Ente convocante, desde el mismo momento de su elaboración, asegurándose la misma cadena de custodia por funcionario.

Similares mecanismos procedimentales deben preverse en el caso de exámenes prácticos que requieran la elaboración de algún texto para su lectura por los participantes en el proceso selectivo. Por otro lado, en cuanto se refiere a los exámenes escritos de desarrollo y orales, la mejor garantía es la extracción por sorteo de las cuestiones a exponer, cuestión que debe asegurar la normativa vigente en cada caso. Esta medida también contribuye a evitar casos de favoritismo.

4.- OTRAS GARANTÍAS DE OBJETIVIDAD

4.1.- El anonimato en el examen escrito

En los exámenes escritos es posible salvaguardar el anonimato de quien los realiza, a los efectos de evitar posibles favoritismos en la fase de corrección de los ejercicios. En esta línea, por ejemplo, el Real Decreto 896/1991, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de administración local, establece que *“en la realización de los ejercicios escritos deberá garantizarse, siempre que sea posible, el anonimato de los aspirantes”*. La cuestión, que puede parecer elemental, sigue planteando problemas en la práctica. Así, el Tribunal Supremo ha señalado en repetidas sentencias (por ejemplo, de 31 de enero de 2006) que es fundamental para evitar la indefensión de los administrados velar no sólo porque la información acerca de los aspirantes no esté a disposición de los miembros del Tribunal, sino también porque los aspirantes no puedan romper ese anonimato en provecho propio. También los Defensores del Pueblo han tenido que recordar esta cuestión a alguna Administración.¹⁵⁹² Debe destacarse que la ausencia de anonimato priva de validez al proceso selectivo, sin que sea preciso probar que hubo efectiva parcialidad por parte del órgano de selección. Así lo ha confirmado la STS de 31 de enero de 2006. Y si el propio aspirante es el que vulnera el anonimato (por ejemplo, firmando el examen) ha de ser excluido (tal y como ha señalado la STSJ de Canarias de 30 de abril de 2005).¹⁵⁹³

¹⁵⁹² Ver Sugerencia del Justicia de Aragón en Sugerencia al Ayuntamiento de Utebo, emitida por Resolución de 15 de noviembre de 2002, en la que se indicaba al Consistorio que debía articular “mecanismos eficaces que aseguren de modo completo el cumplimiento de este mandato”.

¹⁵⁹³ Sin embargo, también existe alguna resolución judicial que ha entendido que el incumplimiento de la medida de anonimato de los ejercicios no provoca de por sí la nulidad del procedimiento, ya que “siendo deducible de la documentación aportada que los Tribunales no han aplicado la medida indicada, lo decisivo ahora tiene que ser que no se ha acreditado influencia en el resultado final o experiencia de indefensión”. (STSJ de las Islas Baleares de 10 julio de 1995).

4.2.- La publicidad en los exámenes orales y su constancia en documento audiovisual

Como indica PÉREZ LUQUE.¹⁵⁹⁴, el mayor problema de este tipo de ejercicios es la imposibilidad del opositor para demostrar que su exposición ha sido suficiente y correcta, lo cual le resulta necesario en aquellos casos en que no es aprobado o recibe menor nota de la que objetivamente procedería. Y ello por cuanto no suele quedar constancia documental de la exposición realizada por el opositor. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de marzo de 1991, indica que “la práctica actual hace que las pruebas orales no sean reproducibles”, por contraposición a las pruebas escritas, las cuales “permanecen en la posibilidad de ser revisadas y comparadas, lo que, desde este punto de vista les da una garantía más intensa que las celebradas con publicidad en forma oral”.

Además, en el ámbito de los exámenes orales, y como indica también el citado autor, la discrecionalidad técnica del órgano de selección alcanza sus mayores cotas, siendo muy complicado después ejercer un control judicial sobre la calificación asignada. No ya solamente por virtud de la doctrina de la no revisabilidad de las decisiones adoptadas en virtud de discrecionalidad técnica, sino porque, en la valoración de una exposición oral, siempre existirá un margen razonable de apreciación del órgano de selección. En definitiva, la transparencia resulta aún más necesaria si se defiende la discrecionalidad técnica del órgano de selección, ya que la puntuación asignada por éste deviene irrevisable y, por tanto, puede aumentar el riesgo de comisión de favoritismos e injusticias amparadas en la opacidad. Además, el anonimato no es posible garantizarlo en los exámenes orales, ya que los miembros del órgano de selección ven al candidato. Por todas estas razones, el carácter público del examen oral es esencial. Dicho carácter público, actualmente, consiste en que cualquier ciudadano pueda estar presente en la realización de dicho examen.

Ahora bien, el principio de transparencia administrativa y el derecho de los participantes en el proceso selectivo a acceder al expediente administrativo, hace totalmente imprescindible que quede constancia de la realización de los exámenes orales y que la misma pueda ser visualizada por los participantes del proceso selectivo. Y esta exigencia resulta posible porque los medios tecnológicos actuales lo permiten, tal y como sucede ya en el ámbito judicial, donde se deja constancia en documento audiovisual de los juicios celebrados. Por tanto, hoy en día cualquier órgano de selección se halla en disposición de registrar audiovisualmente la celebración de los exámenes orales, y archivarlo informáticamente, incluso “colgarlo” en la correspondiente página Web, para su visualización por el resto de participantes en el proceso selectivo. Y, obvio es, que en caso de necesaria

¹⁵⁹⁴ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 325.

revisión, cabe el visionado de esos archivos.¹⁵⁹⁵ Por tanto, el análisis a posteriori de la exposición oral realizada por los opositores es físicamente tan posible como el análisis de los exámenes escritos.

4.3.- Temas de examen extraídos por azar

Parte de la doctrina considera que los temas objeto de desarrollo en los exámenes orales deben ser extraídos al azar por cada aspirante.¹⁵⁹⁶ Esta garantía es esencial para asegurar que no se producen supuestos de favoritismo con ningún opositor. De hecho, ésta viene siendo la práctica habitual en nuestro país.

En cuanto a los ejercicios escritos, indica PÉREZ LUQUE¹⁵⁹⁷, que los temas o preguntas a desarrollar en los ejercicios escritos pueden ser decididos previamente por el órgano de selección, o bien elegidos al azar por un opositor en el momento de la celebración de las pruebas (extrayendo, por ejemplo, una bola con el número del tema del programa). La mayor garantía, o la opción que más riesgos de filtraciones elimina, es que el tema o temas a desarrollar sea elegido al azar por un opositor. Sin embargo, debe indicarse que cabe otra posibilidad en los exámenes escritos, consistente no en plantear un tema o epígrafe literal del temario, sino en plantear un tema o cuestión que no cuenta con epígrafe específico en el programa de temas, pero que se deduce del temario. De todas formas, el riesgo de filtraciones si se predetermina por el órgano de selección el tema a desarrollar, queda muy mitigado si el órgano de selección realmente es designado por azar, y está totalmente desvinculado de los aspirantes.

4.4.- El establecimiento de criterios *ex ante* y con publicidad

Sin perjuicio del necesario deber de concreción suficiente de las bases reguladoras, existen supuestos en que determinados criterios de valoración son fijados por el órgano de selección. Estos criterios, entonces, deben ser fijados con anterioridad a la celebración de las pruebas o a la presentación de méritos en caso de baremaciones, pues ésta es la forma en que queda garantizada la objetividad en la fijación de tales criterios, sin que en dicha fijación se favorezca ilegítimamente a determinados participantes.

¹⁵⁹⁵ Otra cuestión será que la jurisdicción contencioso-administrativa se niegue a entrar en la revisión de la puntuación asignada al recurrente por considerar aplicable la doctrina de la irrevisabilidad de la discrecionalidad técnica. Pero, cuanto menos, debe entrar a observar el ejercicio realizado por el opositor si se alega arbitrariedad, ya que la discrecionalidad técnica en ningún caso puede amparar arbitrariedad.

¹⁵⁹⁶ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 233.

¹⁵⁹⁷ PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 326.

Al respecto, cabe citar la STS de 15 diciembre 2011, relativa a un proceso selectivo en que la base 6.1.5 disponía lo siguiente: “Quinta prueba: Evaluación psicológica. Consistirá en la resolución de unas pruebas psicotécnicas orientadas de una parte a evaluar la adecuación de las características de la persona participante, en relación con el ejercicio, las funciones y de las tareas propias de la categoría de bombero/a y de otra parte a detectar rasgos psicopatológicos o alteraciones de la personalidad que dificulten o imposibiliten el ejercicio de las funciones de bombero/a. Esta prueba incluirá una entrevista personal a fin de contrastar la adecuación de la persona participante. La calificación de esta prueba será de apto/a o no apto/a”.

A este respecto, la sentencia señala que “la referida base 6.1.5 adolece de una marcada ambigüedad, pues (...) falta toda concreción de en qué deben consistir esas pruebas, de las que solo se fija la finalidad a la que se orientan las mismas. En ninguna otra base se atribuye al Tribunal Calificador la función de completar o integrar las bases, ni por tanto la de establecer la estructura de la prueba y los criterios en función de los cuales puede establecerse la adecuación entre las características de la persona y el ejercicio de las funciones y tareas de los bomberos. Ello sentado, no resulta seguro poder afirmarse que las bases, a las que el Tribunal Calificador debe ceñirse (...) le facultasen para regular por sí mismo los criterios que debían regir en la quinta prueba para apreciar la adecuación que en la base se regula.

Podría aceptarse, no obstante, que ante un obstáculo que, ateniéndose estrictamente a la literalidad de la base que nos ocupa, no tendría posible salida, el Tribunal Calificador, como contenido implícito de su papel institucional en el concurso-oposición, pudiera asumir la función de definir los criterios que en definitiva vaya a aplicar. Pero aún aceptando a efectos dialécticos esa posibilidad, (...), lo que no ofrece duda, es que el hecho de tal definición en primer lugar debiera tener lugar en todo caso *ex ante* de las pruebas, y no *ex post* (sentencia de esta Sala y Sección de 15 de diciembre de 2005 (...)) en segundo lugar, que a esa definición *ex ante* debiera darse la adecuada publicidad. La exigencia indiscutible de sumisión del Tribunal a las bases en la calificación de los ejercicios y la garantía que ello representa para el opositor desde las claves de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE), no puede afirmarse que se cumplan, si los ejercicios preceden a la determinación por el Tribunal de los criterios de evaluación que han de aplicarse a ellos”.

Los criterios fijados por el órgano de selección deben, además, ser objeto de publicidad, puesto que forman parte del procedimiento administrativo. Al respecto, la citada STS de 15 diciembre 2011, sobre la mencionada base ambigua, destaca también que “es indudable que se trata de criterios establecidos (...) sin ninguna publicidad; lo que permite afirmar que la fijación de dichos criterios en las condiciones indicadas no respeta la exigencia de sumisión del Tribunal a las bases, ni tiene cobertura posible en un juicio de discrecionalidad técnica.” La sentencia no comparte la afirmación de la sentencia impugnada de que “es

intranscendente que los interesados conocieran los anteriores pormenores" (en referencia a los criterios establecidos en las sesiones del Tribunal Calificador), porque "supone una inaceptable condescendencia con la opacidad para el opositor de los criterios con arreglo a los que es evaluado".

Por su parte, la STS de 18 de enero de 2012 se refiere a un proceso selectivo en el que, una vez realizado por los participantes el cuestionario psicotécnico, el Tribunal Calificador había fijado la nota de corte determinante del "no apto", así como las variables ponderables en el apartado de "personalidad". Y considera que estas decisiones son contrarias al principio de publicidad en materia de acceso al empleo público (citando artículo 19.1 de la Ley 30/1984 y el artículo 4.1 del Reglamento General de Ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado, así como el principio de transparencia de los artículos 55.2 EBEP y 3.5 de la Ley 30/1992), y añade que dicho principio de publicidad "está ligado a otros mandatos constitucionales como lo son el derecho fundamental de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución y el principio de objetividad que para toda actuación de la Administración pública dispone el artículo 103.1 del propio texto constitucional". Y señala que dicho principio de publicidad (o transparencia) conlleva que los criterios que determinen las decisiones, "estén establecidos con anterioridad a su finalización cuando de procedimientos competitivos se trate, porque de esta manera es como queda conjurado con las debidas garantías el riesgo del favoritismo individual (contrario al principio de objetividad) que se produciría si los criterios de valoración de los aspirantes fuesen definidos una vez realizadas esas pruebas competitivas".¹⁵⁹⁸

La citada STS de 18 de enero de 2012 destaca también por las consecuencias jurídicas que atribuye a la fijación *ex post* de los criterios, ya que entiende que "en lo posible debe respetarse el derecho de los aspirantes ya aprobados actuantes de buena fe, que no tienen por qué sufrir las consecuencias de unas irregularidades que no les son imputables". Por ello, concluye que "lo anterior no hace ya factible retrotraer las actuaciones al momento anterior a la celebración del segundo ejercicio para que, como habría sido lo más lógico, primero el Tribunal Calificador fijara la nota de corte determinante del "no apto" y los elementos o factores ponderables en esa evaluación de la aptitud que corresponde a dicho ejercicio; y, después, se llevara a cabo su realización y corrección según esos criterios preestablecidos.

De otra forma, la sentencia, partiendo de que la Administración no ha realizado prueba que demuestre de manera inequívoca que el resultado del segundo ejercicio de los recurrentes merecía, desde cualquier parámetro técnico, un necesario juicio de falta de aptitud, concluye que la estimación del recurso judicial produce el efecto de que se declare aptos a los recurrentes en el segundo ejercicio y se les convoque a la prueba médica, y si resultan aptos en ésta, se les otorgue la calificación final de la oposición que les corresponda (...)". Lo expuesto

¹⁵⁹⁸ También exige la fijación *ex ante* de los criterios la STS de 27 de junio de 2008.

parece significar que no se retrotrae el procedimiento en cuanto a que no se repite la prueba afectada por el vicio de fijación *ex post* de los criterios. Ahora bien, los recurrentes declarados aptos en virtud de su recurso judicial, ven recalculada su puntuación y reconocido su derecho a figurar en la relación definitiva de aprobados, lo cual determina que esta relación se ve modificada.

4.5.- El establecimiento de notas de corte

Hay ocasiones en que, respecto de la nota de los exámenes o pruebas, las bases reguladoras no fijan de manera exacta la nota que ha de obtenerse como mínimo para entender superada la prueba o examen, sino que se deja esta circunstancia a la discrecionalidad del Tribunal de selección.¹⁵⁹⁹ Además, se permite a dicho órgano de selección fijar la nota de corte con posterioridad a la publicación de la lista de admitidos (con lo cual ya sabe quiénes participan en el proceso selectivo) o incluso una vez ya celebradas las pruebas. Si tenemos en cuenta que habitualmente los miembros de los órganos de selección no son elegidos de manera aleatoria, sino con clara intervención y discrecionalidad por parte del Ente convocante, lo cual no garantiza la imparcialidad de estos órganos, no debería dejarse a su arbitrio la fijación de una circunstancia tan relevante como la fijación de la nota de corte.

Esta práctica debería modificarse, en el sentido de que, si de lo que se trata es de limitar la masa de aspirantes que puede pasar a la siguiente fase, las bases reguladoras sean las que fijen su número (por ejemplo, 80 aspirantes, o los que sean) o establezcan un porcentaje sobre el número de plazas ofertadas. Así, dicho criterio, de gran importancia, no dependerá de la discrecionalidad del órgano de selección, evitándose riesgos de favoritismos (tales como bajar la nota de corte si el aspirante a favorecer tiene una nota baja, o incluso subirla si obtuvo buena nota, en casos como los de filtración del examen).

En todo caso, si las bases reguladoras permiten al órgano de selección fijar la nota de corte, deberán establecer la obligación de fijar dicha nota antes de que se conozca la identidad de las personas que han realizado las pruebas, o incluso antes de que se conozca la identidad de los participantes, es decir, antes de la publicación de la lista de admitidos y excluidos.

¹⁵⁹⁹ En ese punto, la sentencia del TSJ de Galicia de 6 de Abril de 2005 señala que “es práctica habitual, frecuente y de general aplicación facultar a los tribunales en los procesos de selección para que puedan, con posterioridad a la celebración de los ejercicios, atendiendo a los resultados obtenidos por los aspirantes y calibrando su nivel de conocimientos, establecer la nota de corte. Tal sistema, que se aplica con carácter de generalidad a todos los intervinientes en el sistema selectivo, cumple, además, la importante misión de evitar que se produzcan más aprobados que plazas. Sin ir mas lejos es el sistema utilizado en la corrección del primer ejercicio (tipo test) e las oposiciones para ingreso en la Escuela Judicial (Carrera Judicial y Fiscal)”.

Por otro lado, el respeto al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE también impone ciertas consideraciones materiales (no solo formales) sobre la nota de corte. En efecto, no parece respetuoso con los principios de mérito y capacidad admitir una nota de corte excesivamente baja. Definir qué sea una nota “excesivamente baja” no es fácil, pero sí parece razonable, de acuerdo con la tradición del sistema educativo español y la realidad social, entender que un 5 sobre 10 es el mínimo a exigir en cualquier prueba de examen, entendido como un 50% de las respuestas acertadas.

4.6.- La colaboración sindical en los procedimientos selectivos

El artículo 61.7 EBEP, respecto de los procesos selectivos de personal laboral fijo, establece que *“las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”*. Esta previsión legal ha sido criticada por parte de la doctrina. Así, FONDEVILA ANTOLÍN¹⁶⁰⁰ entiende que carece de fundamento constitucional, ya que en los procesos selectivos lo que está en juego es el ejercicio de un derecho fundamental no solo de los empleados públicos, sino de los ciudadanos en general, por lo que “no se alcanza a comprender cual es el papel que deben desempeñar unas Entidades que representan unos concretos intereses profesionales, los de los empleados públicos ya incorporados a la Administración, con la intervención en la determinación de las condiciones en que debe desarrollarse el ejercicio de un derecho fundamental de todos los ciudadanos”. También SÁNCHEZ MORÓN¹⁶⁰¹ considera a esta norma “sorprendente y preocupante” desde el punto de vista de la constitucionalidad, pues su aplicación puede dar lugar “a episodios de clientelismo sindical que vulneren el principio de igualdad”.

Sin embargo, también existen autores que defienden la intervención sindical como una actuación de “control externo” en los procesos selectivos. Así, RAMOS MORAGUES¹⁶⁰² la considera “imprescindible para evitar las prácticas endogámicas o clientelistas que en no pocas ocasiones tienen su origen en la propia Administración Pública”. También GOÑI SEIN considera que se tiende a colocar bajo sospecha a los representantes sindicales con demasiada ligereza, olvidándose que “son de alguna manera garantes del cumplimiento de legalidad en sus centros de trabajo”.¹⁶⁰³

¹⁶⁰⁰ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 145.

¹⁶⁰¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 417.

¹⁶⁰² RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 217.

¹⁶⁰³ GOÑI SEIN, J.L., “Ámbito subjetivo...”, op.cit., pg. 368.

Pero lo cierto es que, en materia de acceso al empleo público, dado que lo que está en juego es el ejercicio de un derecho fundamental de la ciudadanía, no es posible la intervención de los sindicatos, ni siquiera cuando se trate de empleo público laboral, porque el interés que representan no es el del conjunto de los interesados en los procedimientos selectivos, sino el de sus propios afiliados. Así, incluso tendría mucho más sentido, por lógica, la labor de vigilancia por parte de asociaciones de ciudadanos que tengan por objeto la protección de la legalidad y de los derechos fundamentales en el acceso al empleo público.

Y es que el hecho de que un participante en un proceso selectivo de acceso al empleo público esté afiliado a un sindicato no le atribuye a éste legitimación para intervenir ejerciendo facultades en dicho procedimiento. Imaginemos que un afiliado a un sindicato solicita una subvención, o es objeto de un procedimiento sancionador de tráfico, o solicita una licencia urbanística. Es obvio que por el hecho de estar afiliado a un sindicato, éste no tiene ninguna relación con estos procedimientos administrativos. Pues bien, la participación de un afiliado en un proceso selectivo tiene la misma falta de conexión con los intereses del sindicato. Lo que ocurre es que históricamente se ha presionado para que los sindicatos participen en la selección del empleo público, y así puedan favorecer los intereses de sus afiliados, lo cual nada tiene que ver con los principios de mérito, capacidad y objetividad. En este sentido, debe recordarse que este precepto es también una concesión arrancada en el inevitable proceso de negociación del EBEP, que no obedece a los intereses generales, sino a los sindicales.

Por otro lado, debe destacarse que el artículo 61.7 EBEP se refiere solamente a los procesos selectivos de acceso del personal laboral y no al funcional ni estatutario, ya que se refiere expresamente a “convenios colectivos”, que sólo existen como tales en el ámbito laboral. No se entiende por qué solamente se refiere a este ámbito, pero quizás la razón resida en una reminiscencia histórica, dándose más intervención a los sindicatos en el campo laboral. Esta diferencia de trato entre los procesos selectivos del personal funcionario y laboral ha sido considerada injustificada por parte de la doctrina.¹⁶⁰⁴

Obsérvese también que el artículo 61.7 EBEP ni siquiera se refiere a los órganos de representación unitaria del personal, sino que se refiere directamente a las organizaciones sindicales. Dado que la ley prescinde de una figura de mayor legitimación, como es la representación unitaria del personal, que, como tal, representa a todos los empleados públicos, independientemente de su afiliación a un sindicato, queda claro que se trata de una concesión a los sindicatos. Y en el bien entendido de que los órganos de representación unitaria del personal tampoco tienen legitimación para intervenir en los procesos selectivos, porque los

¹⁶⁰⁴ RAMOS MORAGUES, F., *El personal laboral...*, op.cit., pg. 217, y PARADA, VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 142.

intereses que defienden no son los de la ciudadanía, sino los de los empleados públicos.

Además, la norma es poco clara, pues alude a la “actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”. Ahora bien, para determinar en qué consiste exactamente esta “actuación”, SÁNCHEZ MORÓN¹⁶⁰⁵ ubica la norma en el siguiente contexto:

- La selección de personal es una potestad pública, por lo que sólo puede ejercerla la Administración Pública.

- Los miembros de los órganos de selección no pueden ostentar esta condición en representación o por cuenta de nadie, según el artículo 60 EBEP.

- El artículo 37.2.e) EBEP excluye de la obligatoriedad de negociación colectiva de los funcionarios públicos la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional.

Sobre esta base, concluye el citado autor que “será, necesariamente una colaboración en tareas auxiliares, pero nunca decisoria”.¹⁶⁰⁶ Es más, como nos recuerda FONDEVILA ANTOLÍN¹⁶⁰⁷, la colaboración de los sindicatos no puede suponer si siquiera indirectamente una participación en los órganos de selección, dado que ello está prohibido en el artículo 60.3 EBEP. Además, como es obvio, cualquier cláusula contraria a lo expuesto que se contenga en Convenios Colectivos será nula.¹⁶⁰⁸

En definitiva, los sindicatos, ya se trate de procesos selectivos laborales o funcionariales, no pueden ejercer funciones decisorias, sino que el citado artículo 61.7 EBEP solamente les faculta para labores de vigilancia del cumplimiento de la legalidad en el proceso selectivo, en lo que interese a sus afiliados, y si no están de acuerdo con alguna decisión administrativa, podrán ejercer acciones legales. En esta línea, el artículo 31.6 EBEP atribuye a las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública legitimación para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección. Ahora bien, de *lege ferenda*, entendemos que debería suprimirse este artículo 61.7 EBEP, eliminándose cualquier participación de los sindicatos en la tramitación de los procesos selectivos, ya sean de personal laboral o funcionarial, de modo que las organizaciones sindicales intervengan en el ámbito de actuación que, por definición constitucional, les corresponde, que es la defensa de los intereses de

¹⁶⁰⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios...*, op.cit., pg. 417.

¹⁶⁰⁶ En el mismo sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Capítulo II...”, op.cit., pg. 217. La autora añade que, lógicamente, cualquier cláusula en un convenio colectivo que infrinja lo expuesto, será nula.

¹⁶⁰⁷ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “La Disposición Transitoria...”, op.cit., pg. 67.

¹⁶⁰⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 2008, pg. 114.

sus afiliados en lo referido a las condiciones de trabajo. Otra cuestión será su papel de observadores en los procesos de promoción interna, que son procedimientos de selección en los que solamente participan quienes ya son funcionarios o personal laboral, en cuyo caso sí existen intereses corporativos a proteger, si bien prevaleciendo los principios de igualdad, mérito y capacidad.

4.7.- Órganos de Inspección sobre el acceso a los empleos públicos

Atendidas las continuas infracciones que se cometen en los procesos de selección para el acceso al empleo público, algún autor, como PINAZO HERNANDIS¹⁶⁰⁹, ha considerado que sería útil la creación de un cuerpo de funcionarios que serían una suerte de Inspectores del Empleo Público, que fiscalizarían el cumplimiento de la legalidad en materia de empleo público. Entre otras funciones, les correspondería proponer la expulsión de los actos contrarios a la filosofía del sistema, interesar la nulidad de las contrataciones y nombramientos contrarios a Derecho, y proponer las sanciones y exigencia de responsabilidades a quienes corresponda.

La creación de este Cuerpo de Inspección puede tener su utilidad, sobre todo si tenemos en cuenta que muchos procesos selectivos ilegales e irregulares se consolidan debido a que ninguna persona ejercita acciones legales para impugnarlos. El mecanismo de la denuncia, en este sentido, sería muy útil para someter a un procedimiento administrativo de inspección a estos procesos selectivos, y quizás ayudaría a reducir las reticencias de los propios participantes en orden a la impugnación de dichos procesos selectivos.

5.- LA NO SIMULTANEIDAD DE PROCESOS SELECTIVOS

Entendemos que resulta poco acorde con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos público, la práctica de convocar el mismo día las pruebas de procesos selectivos para Cuerpos funcionariales o Categorías profesionales similares, pues ello reduce *de facto* el derecho de los ciudadanos a participar en los procesos selectivos. Así, no se debe simultanear la celebración de pruebas en procesos selectivos en los que habitualmente concurren los mismos aspirantes, es decir, procesos selectivos de similar especialidad: por ejemplo, no se deben simultanear las pruebas de auxiliar administrativo con las de auxiliar, ni las pruebas del Cuerpo superior de administradores Generales (A.1) con las de la misma rama en el Grupo inferior (A2). Estas mismas pruebas no deben ser simultaneadas por las Administraciones autonómicas con las pruebas

¹⁶⁰⁹ PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público...*, op.cit., pg. 257 y ss.

de la Administración General del Estado. Estas reglas deberían ser establecidas expresamente por el legislador.

6.- CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Una de las principales garantías en la cobertura correcta de los empleos públicos es la transparencia administrativa, que constituye un mecanismo esencial para asegurar el Estado democrático y de Derecho y que, en particular, opera como mecanismo disuasorio de la corrupción. Está expresamente reconocida en nuestro Ordenamiento Jurídico (artículo 3.5 de la Ley 30/1992), y el EBEP señala que el personal funcionario y laboral será seleccionado por procedimientos que garanticen la transparencia. La transparencia, según la doctrina mayoritaria actual y la legislación vigente en los países de nuestro entorno, implica tanto el derecho de acceso a la información pública sin necesidad de acreditar un interés legítimo, como la difusión activa de información por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público.

La regulación del derecho de acceso por los ciudadanos a la información y documentación administrativa (reconocido en el artículo 105.c) CE), que se contiene en el artículo 37 de la Ley 30/1992, es, según la doctrina mayoritaria, muy deficiente, siendo precisa una profunda reforma legal, pues, entre otras cosas, exige acreditar un interés legítimo y directo al solicitante de la información, y que se trate de expedientes terminados, así como utiliza conceptos de difícil interpretación, como el de documentos nominativos. Además, la efectividad del derecho de acceso a la información pública requiere de garantías jurídicas concretas para su cumplimiento que actualmente no existen en España (tales como un procedimiento ágil y rápido).

Por su parte, la publicidad o difusión de oficio de la información administrativa tampoco está desarrollada legalmente con amplitud suficiente. En concreto, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, no configura obligaciones concretas y detalladas de difusión activa.

Además, el acceso a archivos y registros, si da lugar al conocimiento de datos de carácter personal, constituye una cesión de datos personales, que, según el artículo 11 LOPD, sólo es posible si el afectado lo consiente o existe una autorización legal. Dicha autorización legal es la del artículo 37 de la Ley 30/1992, y solamente con los requisitos establecidos en dicho artículo, que exige acreditar un interés legítimo y directo, al tratarse de documentos nominativos. Y dicho artículo deniega el acceso si los datos afectan a la intimidad, lo cual constituye una previsión excesivamente radical, ya que la intimidad debe prevalecer si los datos son manifiestamente ajenos a la función de control y fiscalización política y no existe un interés público superior en la difusión. Entendemos que la negativa al

acceso debería admitirse más bien en el caso de los datos especialmente protegidos.

En cuanto a la difusión o publicación de datos personales por las Administraciones Públicas, ello implica un tratamiento de datos y una cesión de datos, que además es indiscriminada, puesto que se dirige a terceras personas desconocidas e indeterminadas, y que se agudiza si la difusión es a través de Internet. Como tal cesión de datos, la publicación requiere autorización legal, que en el caso de la publicación de actos administrativos, figura en los artículos 59.5 y 6 y 60.1 de la Ley 30/1992. La doctrina ha planteado, respecto de esta normativa, dudas de constitucionalidad, por no garantizar suficientemente el derecho a la protección de datos personales, así como se cuestiona si se ajusta a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de noviembre de 2010.

En el caso de los procesos de acceso al empleo público consideramos que existe un claro interés público que justifica la publicidad, tanto debido al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, como a la salvaguarda de la actuación objetiva por parte de las Administraciones Públicas establecida en el artículo 103 CE, a cuyo aseguramiento contribuye el control social. Ahora bien, la publicación (ya sea en tablones de anuncios, Boletines Oficiales o Webs oficiales) afecta al derecho fundamental a la protección de datos (artículo 18 CE) cuando contiene datos personales, ya que constituye una cesión de datos a terceros, y además de manera indiscriminada (no a favor de un determinado cesionario conocido). Como cesión de datos, el artículo 11 LOPD exige el consentimiento del interesado o una autorización legal, que, en el caso de los procesos selectivos de acceso al empleo público, figura en el artículo 59.6 de la Ley 30/1992.

Al respecto, parte de la doctrina considera que, de acuerdo con el principio de calidad, sólo debe hacerse público el resultado del procedimiento, no datos personales relacionados con actos de trámite, y que tal publicidad debe limitarse a quiénes han superado el proceso, sin más información. En este sentido, se ha entendido que solo procede la publicación en boletín oficial de la resolución final, indicando solamente la identidad de los participantes aprobados y los puntos totales obtenidos por cada uno, sin comprender la motivación detallada de la resolución, aunque el artículo 59.6 de la Ley 30/1992 no ciñe la publicación al resultado final del proceso selectivo. Otra cosa es que, de acuerdo con la legislación sobre protección de datos personales, y, en particular, de acuerdo con el principio de calidad, no proceda publicar ni en boletín oficial, ni en Internet con acceso indiscriminado, determinadas informaciones sobre los participantes que no sean útiles al principio de transparencia.

Parte de la doctrina postula facilitar el acceso a todo el expediente administrativo solo a los participantes en el proceso selectivo, a través de páginas Web de uso restringido previa identificación. Pero la transparencia, tal y como es entendida actualmente (por la doctrina y la legislación de otros Estados y

Organizaciones Internacionales) va más allá, implicando el acceso a la información por cualquier ciudadano sin necesidad de acreditar interés legítimo, así como la difusión de información activamente por la propia Administración. Si la ciudadanía tiene que conformarse con saber que una determinada persona ha superado un proceso selectivo, sin poder tener acceso a ninguna otra información sobre los candidatos seleccionados y sobre el desarrollo del proceso selectivo, el grado de transparencia alcanzado entendemos que será muy bajo.

Por su parte, el EBEP se limita a establecer la “*publicidad de las convocatorias y de sus bases*” para la selección del personal funcionario y laboral (artículo 55.2), de personal interino (artículo 10.2) y de personal directivo profesional (artículo 13.2), y la publicación en Diario Oficial del nombramiento de los funcionarios de carrera (artículo 62.1). En aras del principio de transparencia, concluimos que resulta necesario que la normativa, en relación con los procesos selectivos de acceso al personal funcionario y laboral, imponga la publicación de:

- La identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los miembros de los órganos selectivos, así como el procedimiento a través del cual han sido nombrados. Si la imparcialidad y profesionalidad son rasgos esenciales de los órganos de selección, la publicación de estos datos se impone por las mismas razones por las que se ha impuesto la publicación de los currículos profesionales en el ámbito del personal docente de las Universidades.

- La identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los asesores de los órganos de selección.

- Las listas de aprobados en el proceso selectivo con expresión de las calificaciones obtenidas en las pruebas o en las baremaciones de méritos.

- Los nombramientos del personal funcionario interino y las contrataciones de personal laboral temporal. El principio de transparencia impone que se publiquen estos datos, de la misma manera que ya son objeto de publicación los nombramientos de personal funcionario de carrera.

En cuanto al resto de actos de trámite, tales como las listas de admitidos y excluidos, consideramos que no es tan intenso el requerimiento del principio de transparencia, de manera que bastaría con facilitar el acceso a los participantes en el proceso selectivo mediante la publicación en la sede electrónica del Ente convocante, con acceso restringido a dichos participantes en el proceso selectivo.

Concluimos que estas exigencias de publicidad o difusión activa en materia de procesos selectivos y de asignación de empleos públicos es consustancial para que exista un grado de transparencia administrativa suficiente como para permitir el control social en el ámbito del acceso al empleo público. Y no cabe entender que la ley que autorice esta cesión de información lesione el derecho de protección de datos personales, ya que su establecimiento por ley constituye la autorización legal necesaria para la cesión de datos, y sería una injerencia perfectamente justificada por el interés público muy relevante al que responde (la transparencia

administrativa y el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como la salvaguarda del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE), así como es proporcionada a la citada finalidad.

Además, teniendo en cuenta los medios tecnológicos de que hoy se dispone, la publicación de convocatorias y otros actos del procedimiento selectivo en el Boletín Oficial o en Edictos, a nuestro juicio, no presenta un grado aceptable de difusión si dicho Boletín Oficial o Edicto no es publicado en la sede electrónica (Web oficial en términos coloquiales) de la Administración Pública convocante (o de la que depende el Ente del Sector Público convocante). La actual Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, no establece la obligatoriedad de realizar la actividad de publicación en la sede electrónica, así que la legislación sobre acceso al empleo público debe imponer el uso obligatorio de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC) por las Administraciones Públicas, tanto para difundir la información relativa a los procesos selectivos.

Finalmente, concluimos que el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE exige la accesibilidad a la información sobre procesos selectivos, lo cual implica que la publicidad sobre procesos selectivos no se produzca de forma desconexa y dispersa, en la sede electrónica de cada Administración o Ente convocante, sino que es necesario que dicha información se publique de forma conjunta y sistemática, en una única sede electrónica, que debe ser la Web de la Administración General del Estado.

Por otro lado, uno de los mayores problemas, en nuestra opinión, es que no existe transparencia administrativa sobre el modo en que son cubiertos los empleos públicos, ni (respecto a los que responden a necesidades estructurales) figuran realmente en la RPT y son ofertados en la OEP. En la medida en que el ciudadano no es conocedor de esta información, no puede reclamar que se regularicen las RPT y se aprueben las OEP, ni que se tramiten los correspondientes procedimientos selectivos, así como la Administración no sufre una adecuada presión social. Por ello, concluimos que la ley debería imponer a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público que hagan pública en Internet la siguiente información:

- La relación de puestos de trabajo. (RPT)

- La indicación, en dicha RPT, del modo en que, en cada momento, está cubierto cada puesto de trabajo: es decir, qué tipo de personal lo está ocupando (funcionario, funcionario interino, contratado laboral fijo, contratado laboral temporal o contratado laboral indefinido no fijo), especificando de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (de interinidad, por exceso o acumulación de tareas, para ejecución de programas, etc.).

- Indicación, en cada puesto de trabajo, de las alertas que el programa informático de gestión de puestos de trabajo y contrataciones al cual nos referimos en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral, formule sobre irregularidades en la

cobertura de las plazas (por ejemplo, si una plaza ocupada por un funcionario interino no ha sido incluida en la OEP, el ciudadano tendrá conocimiento de ello).

- Listado de personal funcionario interino y laboral temporal contratado que no ocupe puestos de trabajo de la RPT, con indicación de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (por sustitución, por eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato, y su duración máxima. Indicación en dicho listado de personal de aquellos contratos o nombramientos que se han excedido en su duración u otras circunstancias, según las alertas del programa informático al que se ha hecho referencia (por ejemplo, si un contrato laboral para ejecución de un programa temporal ha superado el límite temporal máximo).

- Sentencias judiciales que reconozcan la condición de personal laboral indefinido no fijo.

- Qué porcentaje de los efectivos de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate es personal eventual (de confianza o asesoramiento), funcionario interino y laboral temporal. Asimismo, los nombramientos efectuados, por el hecho de tratarse de empleados públicos y venir su nombramiento determinado por la libertad de determinados órganos (sin tramitarse ningún proceso selectivo basado en los principios de igualdad, mérito y capacidad). Otra cosa será que legalmente se establezcan excepciones a esta publicidad, en casos en que el carácter reservado de las funciones a desarrollar por este personal impida el conocimiento público de su designación, por razones tales como la seguridad nacional.

- Contratos de servicios menores y negociados celebrados, con indicación del procedimiento de adjudicación, el adjudicatario y las funciones exactas que comprenden. Así, puede apreciarse si la Administración Pública o Entidad de que se trate están celebrando contratos administrativos de servicios para funciones propias del personal laboral o funcionario, de manera que la ciudadanía puede conocer que se están produciendo casos de externalización fraudulenta o que está dando empleo de forma encubierta a personas que no han superado los correspondientes procesos selectivos de acceso al empleo público, y atacarlo por las vías procedimentales correspondientes.

Esta información consideramos que debería suministrarse en la sede electrónica de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate, porque la transparencia exige la mayor accesibilidad posible. Y, además, la ley debería prever que el ciudadano pueda, en la propia Web, obtener esta información clasificada, conociendo, en particular, qué puestos vacantes de la RPT cubiertos por funcionarios interinos o por personal laboral interino no han sido incluidos en la OEP, así como (clasificado por categorías de tipos de interinidad y tipos de contratos laborales) qué nombramientos o contratos han excedido los límites temporales máximos.

Por otro lado, esta publicidad en Internet debería hacerse de forma única y unificada en la sede electrónica de la Administración General del Estado, donde figure, clasificada por Entes, la información relativa a empleo público de cada uno de ellos.

Finalmente, el principio de calidad exige que los datos personales estén accesibles mientras ello sea necesario para satisfacer el interés público que habilitó su publicación, por lo que es preciso que la normativa fije el plazo transcurrido el cual la información debe bloquearse.

Por otro lado, en cuanto se refiere a las bases reguladoras de los procesos selectivos, éstas deben contener el contenido mínimo al que se alude en la presente tesis doctoral. En particular, entendemos que deben fijar con claridad los criterios de puntuación de las pruebas. Sin embargo, se ha admitido que el órgano de selección fije los criterios de puntuación cuando las bases reguladoras no los fijan, incluso después de la realización de las pruebas, siempre que los ejercicios aún no hayan sido examinados.

Esta práctica no responde a criterios de seguridad jurídica, principio éste que exige la fijación de tales criterios antes de la realización de las pruebas. Cuestiones tan relevantes como, por ejemplo, la penalización de las respuestas incorrectas, debe ser fijada en las bases de la convocatoria, y no dejada a la discrecionalidad del órgano de selección, que no debe ser quien configure las características esenciales del proceso selectivo de que se trate.

Asimismo, otra garantía esencial del procedimiento es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo. Es obvio que los participantes en el proceso selectivo, como interesados que son en el procedimiento administrativo de selección (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 30/1992), tienen derecho de acceso al expediente administrativo (artículo 35 de la Ley 30/1992). Las Administraciones Públicas, sin embargo, han sido y son reticentes a reconocer este derecho, y más aún si el interesado pretende acceder a datos y documentos relativos a los demás participantes en el proceso selectivo. Al respecto debe destacarse que la discutible doctrina de la no revisabilidad judicial de la discrecionalidad técnica no significa que el opositor no tenga derecho a conocer los razonamientos efectuados por el órgano de selección para adoptar su decisión, tal y como ha señalado la jurisprudencia. Asimismo, es obvio que las Administraciones Públicas tampoco pueden alegar dificultades técnicas para facilitar el acceso de los interesados al procedimiento administrativo.

Y se trata de acceder a todo el expediente administrativo del procedimiento selectivo, lo cual incluye los documentos e información relativos a los demás aspirantes, que figure en el expediente, puesto que la puntuación obtenida por éstos es determinante de la situación en que queda el interesado en el proceso selectivo, por tratarse de un procedimiento de concurrencia competitiva. El acceso a esta información entendemos que no lesiona la intimidad de los participantes,

porque ni los conocimientos, demostrados en ejercicios teóricos y prácticos, ni los méritos constituyen una información relativa a la intimidad de la persona.

El acceso a los datos de terceros opositores concluimos que tampoco lesiona el derecho de protección de datos de carácter personal, ya que constituye una cesión de datos autorizada por el artículo 35 de la Ley 30/1992. Otra cosa es que el acceso al expediente administrativo y, por tanto a los datos personales de los demás participantes, ha de realizarse respetando el principio de calidad que rige en el ámbito de la cesión de datos personales, de manera que solamente se referirá a los datos relativos a los méritos y capacidad de los aspirantes, pero no a otros datos personales irrelevantes, como, por ejemplo, su teléfono o domicilio. Además, no debe olvidarse que el derecho a acceder al expediente administrativo forma parte del derecho fundamental a la defensa y a la tutela judicial efectiva, así como el expediente administrativo de un procedimiento de selección tiene por objeto precisamente el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE.

En consecuencia, entendemos que la ley debería establecer expresamente, en el caso de los procedimientos selectivos de acceso al empleo público, el derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo, explicitando que dicho acceso es a todo el expediente administrativo, lo cual incluye la plantilla de respuestas correctas de los cuestionarios tipo test, los cuadernillos que contienen los ejercicios del examen, así como los documentos e información relativos a los demás aspirantes, que figure en el expediente. La ley debería expresar, además, que no se considerarán datos íntimos todos los relativos a los méritos, pruebas y requisitos de los participantes, así que como el derecho de acceso al expediente administrativo habilita la cesión de datos personales sin necesidad de consentimiento del interesado.

Por otro lado, suele considerarse que las deliberaciones de todos los órganos colegiados son secretas y que el contenido del voto de sus miembros también lo es, pero con este secreto se impide a los ciudadanos la posibilidad de conocer cómo se ha gestionado un particular asunto o lo que ha movido a sus representantes a adoptar una decisión. Por tanto, concluimos que es preciso que la ley reconozca expresamente el derecho de los interesados a conocer la puntuación o valoración asignada por cada miembro del órgano de selección. Es más, esta información deberá estar accesible a todos los participantes, como parte que es del expediente administrativo.

Asimismo, el uso de las nuevas tecnologías debe estar al servicio del derecho de los participantes a acceder al expediente, por lo que la ley debería disponer que la Administración o Ente convocante del proceso selectivo tiene la obligación de crear un espacio en su Web oficial donde figure toda la documentación (excepto los datos íntimos de los participantes y otros datos personales irrelevantes) relativa al expediente administrativo, facilitando una clave de acceso a los participantes para que accedan al mismo (incluso a la documentación relativa al resto de participantes).

Para el caso de que los participantes soliciten información que no se ha incluido en esa Web, la ley debería establecer un plazo para que la Administración facilite el acceso al expediente, de 3, 5 días, o como mucho 10, dependiendo del número de participantes en el proceso selectivo. Asimismo, si la Administración no contesta, la ley debe arbitrar un procedimiento judicial sumario (en el orden contencioso-administrativo) para que el órgano judicial, ante la petición del interesado, en pocos días ordene a la Administración que conteste a la solicitud de acceso, con la posibilidad (obligación) de imponer multas coercitivas a la autoridad responsable de emitir dicha contestación.

Otra garantía esencial del procedimiento administrativo es la motivación de los actos administrativos. El apartado 2 del artículo 54 de la Ley 30/1992 contiene una norma particular para los procesos selectivos, al establecer que *“la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”*. Del tenor literal de dicho artículo, parece que el legislador ha dejado la cuestión de la motivación en manos del órgano administrativo que elabora la convocatoria del proceso selectivo, lo cual constituiría un auténtico “cheque en blanco” para la Administración o Ente convocante, y ha sido criticado por la doctrina.

Por su parte, el Real Decreto 364/1995 establece que *“los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos deberán ser motivados”*, pero también especifica que *“la motivación de los actos de los órganos de selección dictados en virtud de discrecionalidad técnica en el desarrollo de su cometido de valoración estará referida al cumplimiento de las normas reglamentarias y de las bases de la convocatoria”*. De ahí podría deducirse que no impone al órgano de selección motivar detalladamente la decisión técnica adoptada.

Por otro lado, se ha considerado que, en virtud de la doctrina de la irrevisabilidad de la discrecionalidad técnica, las decisiones del órgano de selección no han de ser motivadas, opinión totalmente contraria al principio de transparencia reconocido en la propia Ley 30/1992. Es más, en los actos discrecionales es donde más se precisa manifestar los motivos por los que se dictan. En todo caso, la jurisprudencia ha empezado a señalar que única cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad 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.

En todo caso, el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 establece que deberán, *“en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte”*. Los fundamentos de la resolución son los razonamientos efectuados por el órgano de selección sobre las pruebas o méritos objeto del proceso selectivo. Estos razonamientos deben figurar en algún

documento del expediente y, además, debe quedar constancia en el expediente de dichas pruebas o méritos, para poder constatar la razonabilidad y no arbitrariedad de aquellos razonamientos.

Por tanto, el órgano de selección no queda en realidad eximido de motivar sus decisiones, como parece deducirse del artículo 54.2 de la Ley 30/1992, sino que lo que sucede es que dicha motivación no se refleja en la resolución final, pero sí debe constar en el expediente administrativo. En todo caso, debido a las diversas interpretaciones existentes (incluso a nivel judicial), la seguridad jurídica de los ciudadanos y el respeto a esta garantía de la motivación hacen imprescindible que el legislador regule expresamente este deber de motivación y de acreditación de fundamentos en el expediente administrativo, disponiendo lo siguiente:

- Los razonamientos de los miembros del órgano de selección en las deliberaciones de éste deberán quedar reflejados en el acta de la sesión del mismo.

- En dicho acta deberá constar la puntuación asignada por cada miembro.

- En el caso de ejercicios orales o escritos, la puntuación no podrá limitarse a apto o no apto.

- En el caso de baremación de méritos, sin perjuicio de que proceda efectuar una valoración global, deberá explicitarse la puntuación asignada a cada apartado del baremo de méritos.

- En el procedimiento administrativo deberá quedar constancia (documental, audiovisual o en el soporte que proceda) de las pruebas realizadas (exámenes escritos, orales, entrevistas, etc.).

Igualmente, el respeto al derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público exige la efectiva tramitación de los procesos selectivos en un tiempo razonable, y que sea la ley la que determine un plazo máximo, cuestión esta en la que las Administraciones y demás Entes del Sector Público abusan reiteradamente, y respecto de la cual el EBEP no efectúa suficientes aportaciones, pues concede un largo plazo de 3 años para desarrollar el proceso selectivo desde que se aprueba la OEP, y no cuenta con mecanismos que aseguren su efectivo respeto. Una previsión razonable sería que el EBEP dispusiera que los procesos selectivos correspondientes a la Oferta de empleo público se concluyan dentro del año natural en que se publica la OEP.

También la ley debería establecer que si se reclama la convocatoria de un proceso selectivo por haberse incumplido el plazo para efectuarla, el órgano judicial dará, en la propia sentencia, un plazo improrrogable de 2 meses a la Entidad demandada para que proceda a efectuar la convocatoria, contado desde que reciba la notificación de la sentencia. Y que, si la Administración o Ente condenado no ejecuta la sentencia, el órgano judicial nombrará un experto que elabore la convocatoria, así como las bases reguladoras del proceso selectivo (si

las mismas no hubieran sido aprobadas por la Administración o Ente demandado en dicho plazo) con sometimiento a lo dispuesto en la normativa aplicable.

Asimismo, concluimos que resulta esencial el establecimiento por ley de mecanismos para evitar filtraciones de exámenes. En primer lugar, en relación con las posibles filtraciones provenientes de los propios miembros del órgano de selección, la medida más eficaz es garantizar la imparcialidad de los mismos. En todo caso, en el caso de los exámenes tipo test, sí hay determinadas cautelas que deben asegurarse, tales como:

- Que cada miembro elabore un número de preguntas superior en al menos cinco veces al número de preguntas que le corresponda elaborar. Éstas recaerán sobre todo el temario de examen, o al menos, dependiendo de la especialización del miembro del órgano de selección, sobre el cincuenta por ciento.

- Que las redacte en un ordenador de la Administración o Ente convocante al que sólo tenga acceso él y el Secretario del órgano de selección (que deberá tener la condición de funcionario, debido a las funciones de fe pública y custodia que va a tener respecto de esta información). Que las preguntas redactadas en dicho ordenador no puedan ser copiadas en ningún soporte, de manera que ni siquiera el propio miembro del órgano de selección pueda llevárselas consigo.

- Por sorteo ante el Secretario del órgano de selección se determinarán, entre todas las preguntas elaboradas, las que finalmente formarán parte del cuestionario del examen. Así, ni siquiera se podrá alertar a ningún aspirante sobre las materias sobre las que preferentemente recaerá el cuestionario.

- Debe asegurarse una cadena de custodia sobre el examen y sus copias. Así, un ejemplar del examen será impreso por el Secretario del órgano de selección para realizar fotocopias del mismo. El Secretario del órgano de selección (o funcionario en quien delegue) deberá custodiar dicho ejemplar desde que ha sido impreso, durante la realización de las fotocopias, hasta que todos los ejemplares sean introducidos en cajas selladas para su transporte. Tales cajas permanecerán selladas hasta su exposición ante los participantes en el examen en el momento de su realización.

- Los aspirantes deberán contestar el cuestionario con bolígrafo.

- Los ejemplares de hojas de respuestas confeccionadas por los aspirantes durante la prueba deberán ser igualmente custodiados hasta el lugar donde se efectúe su corrección. Si dicha corrección se realiza por empresas contratadas al efecto, deberá estar presente en todo momento el Secretario del órgano de selección o funcionario en quien delegue, comprobando que no se alteran las hojas de respuestas durante la corrección y que a continuación se guardan en cajas selladas y transportadas a los archivos de la Administración o Entidad convocante. En cuanto a los trabajos realizados informáticamente, tales como escaneado de hojas de respuestas, asignación de puntuación, etc., los archivos informáticos donde figuren quedarán en poder de la Administración o Ente

convocante, desde el mismo momento de su elaboración, asegurándose la misma cadena de custodia por funcionario.

Similares mecanismos procedimentales deberían preverse en el caso de exámenes prácticos que requieran la elaboración de algún texto para su lectura por los participantes en el proceso selectivo.

Por otro lado, en cuanto se refiere a los exámenes escritos de desarrollo y orales, concluimos que la mejor garantía es la extracción por sorteo de las cuestiones a exponer, cuestión que debe asegurar la normativa vigente en cada caso. Esta medida también contribuye a evitar casos de favoritismo.

Sin perjuicio del necesario deber de concreción suficiente de las bases reguladoras, en los casos en que proceda que determinados criterios de valoración sean fijados por el órgano de selección, esta fijación deberá producirse con anterioridad a la celebración de las pruebas o a la presentación de méritos en caso de baremaciones, pues ésta es la forma en que queda garantizada la objetividad en la fijación de tales criterios, sin que en dicha fijación se favorezca ilegítimamente a determinados participantes.

En cuanto al establecimiento de notas de corte, no debe dejarse en manos del órgano de selección, ni fijarse después de la celebración de las pruebas o exámenes, sino que las bases reguladoras deben fijar dicho corte, fijando un número máximo o un porcentaje.

Finalmente debe destacarse que el EBEP, respecto de los procesos selectivos de personal laboral fijo, establece que *“las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”*. Sin embargo, procede la derogación de esta norma, porque no tiene fundamento, ya que en los procesos selectivos lo que está en juego es el ejercicio de un derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE de los ciudadanos en general, por lo que no procede la intervención de organizaciones que representan intereses de concretos profesionales.

CAPÍTULO 8

La selección del personal de los Entes del Sector Público distintos de las Administraciones Territoriales: la huida del Derecho Administrativo

SUMARIO:

- 1.- VIGENCIA PLENA DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD
- 2.- LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES Y ORGANISMOS REGULADORES
 - 2.1.- Introducción, problemática y tipología
 - 2.2.- Falta de justificación real del fenómeno de huida del Derecho Administrativo
 - 2.3.- El problema de la realización de actividades materialmente administrativas por las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado
 - 2.4.- Imposibilidad de prescindir de las garantías del Derecho Administrativo y Presupuestario. Garantía institucional y reserva del Derecho Administrativo en la Constitución Española
 - 2.5.- La vuelta al Derecho Público
 - 2.6.- Los Organismos Reguladores
- 3.- LA NORMATIVA SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTAS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES
 - 3.1.- Introducción
 - 3.2.- Los Organismos Reguladores y otros Entes de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE
 - 3.3.- Los Organismos Públicos
 - 3.3.1.- Los Organismos Autónomos
 - 3.3.2.- Las Entidades Públicas Empresariales
 - 3.3.3.- Las Agencias Estatales
 - 3.4.- Los Entes privados: sociedades y fundaciones del Sector Público
 - 3.5.- Los Consorcios
 - 3.6.- Las Corporaciones de Derecho Público
- 3.- LA NORMATIVA SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTAS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES
- 4.- LA NECESARIA TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO
- 5.- CONCLUSIONES

1.- VIGENCIA PLENA DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD

Tal y como se ha expuesto en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral, el derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad (reconocido en los artículos 14 y 23.2 CE) tiene por objeto los puestos de trabajo de todo el Sector Público. Por tanto, comprende no solamente los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas (adscritos a personal laboral, funcionarial y estatutario¹⁶¹⁰), sino también los puestos de trabajo de todo el Sector Público, tal y como lo define el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁶¹¹. Por tanto, este derecho fundamental se refiere a los puestos de trabajo de:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Entidades Públicas Empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de Entidades de las mencionadas en las letras a) a f) sea superior al 50 %.

e) Los Consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias Entidades integradas en el Sector Público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera Entes, Organismos o Entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o

¹⁶¹⁰ La referencia al personal funcionario incluye al personal estatutario de las Instituciones Sanitarias.

¹⁶¹¹ Aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

varios sujetos pertenecientes al Sector Público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los Entes, Organismos y Entidades mencionados en las letras anteriores.

En los Capítulos anteriores de esta tesis doctoral se han analizado las características que debe reunir el proceso de cobertura de puestos de trabajo con efectivos externos (selección mediante acceso libre), el sistema de selección y el órgano de selección, así como las garantías procedimentales y las relativas a la inclusión de puestos en la RPT y en la Oferta de empleo público. Todo este análisis ha ido referido a las Administraciones Públicas, entendidas como Entidades de Derecho Público de base territorial sometidas íntegramente al Derecho Administrativo. Sin embargo, dado que el Sector Público comprende también a otras Entidades de Derecho Público e incluso de Derecho Privado (sociedades y fundaciones), procede analizar el estado de la cuestión en el ámbito de dichas Entidades. Además, dicho análisis es de especial importancia, ya que el volumen de actividad, recursos financieros y personal de este conjunto heterogéneo de Entidades es muy relevante.

Se trata fundamentalmente de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas, especialmente las Entidades Públicas sometidas al Derecho Privado y las sociedades y fundaciones del Sector Público. También se trata de los Organismos Reguladores.

Y, por desgracia, la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sufre importantes mermas en el acceso a los puestos de trabajo de estas Entidades y Organismos. Un buen ejemplo de ello son los Informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre fiscalización de Entidades Instrumentales de la Comunidad Autónoma de Andalucía, pudiendo citarse numerosos ejemplos. Así, en el Informe de fiscalización de la Empresa Pública de Deporte Andaluz, ejercicio 2008, se indica que no se ha garantizado el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el procedimiento llevado a cabo en 10 de las 18 incorporaciones de trabajadores producidas durante 2008, de manera que, para cubrir sustituciones en periodos vacacionales, se contrata directamente al trabajador, sin que medie proceso selectivo alguno.

También el Informe de fiscalización de regularidad del Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y de la Producción Ecológica, ejercicio 2007, hace referencia a empleados que venían encuadrados en el Régimen Especial Agrario, que por sentencia judicial obtienen su consideración como trabajadores indefinidos. Por su parte, el Informe de regularidad de la Fundación para el Desarrollo del Legado Andalusí, ejercicio 2007, indica que no consta que las cuatro incorporaciones a la plantilla se realizaran respetándose los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

Asimismo, el Informe de Fiscalización de Regularidad del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos, ejercicio 2007, señala que se incorporó a varios trabajadores sin convocatoria pública, a los que se les realizó un contrato laboral indefinido. Finalmente, en el Informe de Fiscalización de regularidad de la empresa pública Inversión y Gestión de Capital Riesgo de Andalucía, SAU, IVERCARIA, propiedad de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, ejercicio 2009, se indica que “el procedimiento empleado para la contratación del personal incumple lo establecido en el artículo 77 de la Ley 9/2007, de 22 de diciembre, de Administración de la Junta de Andalucía, relativo al personal de las sociedades mercantiles del Sector Público andaluz”.¹⁶¹²

Otro ejemplo es el Procedimiento Abreviado 204/2004 seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo nº. 3 de Zaragoza, en el que se enjuiciaba una convocatoria para la selección de personal laboral por una Entidad de Derecho Público.¹⁶¹³ Esta sentencia, en la que posteriormente se basarán otras del resto de Juzgados de la misma jurisdicción, señala lo siguiente: “Como se acaba de señalar, nada dice la convocatoria sobre cuál va a ser el criterio de valoración que se va a emplear, ni las normas por las que se va a regir la puntuación, y ni siquiera lo hace mediante remisión a alguna otra disposición. La convocatoria desarrolla dentro de lo que determina «perfil solicitado» cuáles son los méritos de que debe disponer el candidato para poder ser elegido, pero guarda silencio sobre la forma en que se valorarán los mismos, (...) se está vulnerando el principio de mérito, pues no se articulan medios en la convocatoria que permitan estimar que aquellos candidatos elegidos sean los que ostenten unos mejores méritos, pues se desconoce cómo se produce la valoración”.

En definitiva, en el ámbito de las Entidades del Sector Público distintas de las Administraciones Públicas, se opta por el personal laboral, y, según resulta de la propia legislación vigente, la selección del mismo no se realiza por los mismos procedimientos que la normativa impone para el personal laboral de las Administraciones Públicas (ya de por sí muy debilitados en relación con la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como se expone en el Capítulo 5 de esta tesis doctoral).¹⁶¹⁴ Así, a diferencia de lo que tradicionalmente viene sucediendo en las Administraciones Públicas territoriales, las Entidades

¹⁶¹² Que dispone que “el nombramiento del personal no directivo irá precedido de convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes, basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

¹⁶¹³ Esta sentencia fue confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, en sentencia de 18 de diciembre de 2007.

¹⁶¹⁴ Como indica CARDONA PERETÓ, la falta de rigor en la selección ha producido una pérdida de profesionalidad en el empleo público, ya que “no puede haber profesionalidad sin estabilidad”, así como queda debilitado “el compromiso de los empleados públicos con el sistema de valores de servicio público tales como la imparcialidad, la neutralidad política y el respeto al principio de legalidad”. (CARDONA PERETÓ, F., “Tendencias en la gestión de la función pública. Países de la Unión Europea y OCDE”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas en la función pública española. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 30 de agosto de 2006, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo).

jurídico-privadas del Sector Público (sociedades y fundaciones), incluso diversos Organismos y Entidades Públicas, han preferido con carácter general utilizar para la selección de su personal la entrevista y el currículum vitae¹⁶¹⁵, que a nadie escapa que son criterios mucho más valorables subjetivamente y que, obviamente, no constituyen pruebas de conocimientos, e incluso se han realizado contrataciones directas de personal.

Las manifiestas vulneraciones de los principios constitucionales de mérito y capacidad y la elusión de la normativa sobre acceso al empleo público en las Administraciones Públicas a través de la creación de este tipo de Entidades Públicas y Privadas se ubica dentro del denominado proceso de “huída del Derecho Administrativo”, al que se hará una referencia en el siguiente apartado de este Capítulo.

Lo expuesto deja claro que la normativa aplicable a estos Organismos y Entidades del Sector Público no puede ser de mínimos ni de principios, sino que hacen falta mecanismos concretos, procedimientos detallados, que garanticen el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad.¹⁶¹⁶ Así, la legislación vigente, como se analiza más adelante, establece expresamente para estas Entidades la vigencia de dichos principios, pero esta previsión a nivel de principios es totalmente insuficiente porque no queda asegurada su vigencia mediante mecanismos concretos que impidan la comisión de irregularidades (tales como la realización de baremos de méritos a medida de un determinado candidato, convocatorias sin publicidad en boletín oficial, entrevistas opacas o secretas sin verdadero rigor técnico, etc.).

2.- LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES Y ORGANISMOS REGULADORES

2.1.- Evolución y tipología de Entidades del Sector Público y problemática.

La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece en su artículo 2 que *“se entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración Local. Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a*

¹⁶¹⁵ Como muestra de ello, puede verse el Informe CEMCI 2000.

¹⁶¹⁶ Eso es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la legislación electoral, que regula escrupulosamente el procedimiento electoral.

la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

Los problemas se plantean con las Entidades de Derecho Público que se rigen por el Derecho Privado y con los Entes con personalidad jurídica privada (sociedades y fundaciones) creadas por las Administraciones Públicas. Su proliferación ha dado lugar a una gran complejidad en las estructuras organizativas del Sector Público, una auténtica “galaxia” de Entidades, no sólo por su gran número, sino también por la diversidad de tipos.¹⁶¹⁷ El volumen de Entes Instrumentales se dispara cuando las Comunidades Autónomas y los Entes Locales mimetizan el fenómeno anteriormente ocurrido en el Estado (reproduciendo la misma problemática), encontrándonos ante una auténtica maraña de Entes de muy diversa naturaleza. El fenómeno de sometimiento del Derecho Privado también se ha producido con la progresiva creación de los denominados Organismos Reguladores o Administraciones Independientes.

Sobre estas Entidades Instrumentales y Organismos Reguladores siempre se ha dicho que constituyen un fenómeno de “huida del Derecho Administrativo” a través del cual los gobernantes crean Entidades (con personalidad pública o privada) que no se rigen por el Derecho Administrativo ni Presupuestario¹⁶¹⁸ en

¹⁶¹⁷ LÓPEZ MENUDO, F., “La tipología de Entes de la Administración Institucional. Régimen jurídico de los Organismos Autónomos y de las Entidades Públicas Empresariales”, en AA.VV., *Administración Institucional*, CDJ, Madrid, 2004, pg. 96.

¹⁶¹⁸ Siguiendo a PASCUAL GARCÍA, el régimen económico-financiero de las Administraciones Públicas y Organismos Autónomos puede esquematizarse así: sujeción al régimen de presupuesto administrativo, y por tanto compuesto por créditos o partidas de gasto vinculantes, respecto de cuya ejecución se elabora una cuenta justificativa que se remite al Poder Legislativo; sujeción al control interno en su modalidad de control previo de legalidad (intervención previa), aunque en muchos casos se está sustituyendo por la intervención a posteriori (control financiero permanente), pero en ambos casos estando asignada la intervención a órganos administrativos de Intervención, integrados por funcionarios; sujeción al régimen de contabilidad pública; inclusión de los recursos económicos en el Tesoro Público, con la rigidez procedimental que ello conlleva en su gestión, y sujeción al principio de estabilidad presupuestaria, definida como situación de equilibrio o superávit.

El resto de Entidades instrumentales están sujetas a normas presupuestarias, pero más laxas y flexibles. Así, están sujetas al presupuesto de explotación y capital, cuyas dotaciones son estimativas, no vinculantes, y que no son objeto de debate y enmienda en el Poder Legislativo. Están sujetas a la contabilidad privada, por lo que no hay una contabilidad presupuestaria que muestre cómo ha sido la ejecución del presupuesto. Sus fondos no están integrados en el Tesoro Público, y la estabilidad presupuestaria se define en otros términos. Finalmente, solamente están sujetas a fiscalización a posteriori, y en el caso de las sociedades mercantiles, solamente a auditorías públicas, que ni siquiera se aplican de forma permanente.

El citado autor alude a una brecha en el ámbito del Sector Público administrativo, ya que la normativa se relaja en el caso de las Agencias estatales, respecto de las cuales la legislación sólo prevé que su presupuesto sea limitativo por su importe global y con carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas (excepto aspectos como el gasto de personal). Asimismo, no se someten a intervención previa, sino solamente a control financiero permanente y auditoría pública. (PASCUAL GARCÍA, J., “La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público”, *PGP*, nº. 60/2010).

aspectos muy relevantes. Así, la creación de Entidades Instrumentales en muchos casos obedece realmente al objetivo de eludir los controles impuestos por el Derecho Administrativo y por el Derecho Presupuestario¹⁶¹⁹, en ámbitos tales como la contratación de bienes y servicios, los procesos selectivos de acceso de nuevo personal, el control de la legalidad del gasto público mediante la existencia de un presupuesto detallado y la fiscalización previa por los órganos de intervención, los límites al endeudamiento, etc. Por lo que se refiere al personal de estas Entidades Instrumentales, en general se ha optado por la contratación de personal laboral, alegando una mayor flexibilidad del régimen laboral, pero realizándose el acceso de este personal por procedimientos mucho menos respetuosos (o nada respetuosos) con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Lo cierto es que actualmente la huida hacia fórmulas de Derecho Privado está generalizada en España, en una triple vertiente: Entes de Derecho Público sometidos al Derecho Privado, Entes con personalidad privada (sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público) y las denominadas Administraciones Independientes u Organismos Reguladores.

Tras el primer intento de sistematización de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958¹⁶²⁰, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), intentó racionalizar mejor la tipología de Entidades Instrumentales. Mantiene la dicotomía entre Organismos Autónomos, sometidos al Derecho Administrativo, y Entidades Públicas Empresariales, sometidas al Derecho Privado, salvo ciertos aspectos. Y elegir una u otra figura depende de la actividad que se pretenda realizar: a los Organismos Autónomos se les encomiendan "*actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos*", mientras que a las Entidades Públicas Empresariales se les encomiendan "*actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de*

¹⁶¹⁹ En este sentido ver JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., *Los Organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, pg. 349.

Debe indicarse que la doctrina alemana ha analizado en profundidad las posibilidades de la Administración para acudir al Derecho Privado, así como la posible existencia de un Derecho Privado Administrativo aplicable a la actividad privada de las Administraciones Públicas, pero no puede ser objeto de esta tesis doctoral la exposición y análisis de la misma. En todo caso, nos remitimos a estudios sobre la materia, tales como GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996, LAGUNA DE PAZ, J. C., "La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo", *RAP*, nº. 136, 1995, y *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991, y SALA ARQUER, J.M., "Huida al Derecho Privado y huida del Derecho", *REDA*, nº. 75, 1992.

¹⁶²⁰ Una didáctica exposición sobre la evolución histórica del fenómeno de la huida del Derecho administrativo es la realizada por DEL SAZ CORDERO, S., en "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas", *RAP*, nº. 133, 1994.

contraprestación”. No obstante, la doctrina ha señalado que la Ley no es clara en determinar cuándo puede acudirse a un tipo de Ente o a otro.¹⁶²¹

Además, la LOFAGE dejó la puerta abierta a la existencia de Entes Instrumentales con un estatuto peculiar (según resulta de sus artículos 42.2 y 43.3) que acababan por actuar sometidos al Derecho Privado, y excluye de su ámbito de aplicación a una larga lista de Organismos que se rigen por su régimen específico, por lo que la doctrina anunció el problema de la proliferación de Entidades Instrumentales¹⁶²², y se preguntó en qué resulta realmente de aplicación la LOFAGE a todos los Organismos públicos¹⁶²³, dudando de la virtualidad de la LOFAGE para poner coto al uso abusivo del Derecho Privado por el Sector Público¹⁶²⁴.

Además, la LOFAGE no reguló las fundaciones ni las sociedades mercantiles del Sector Público. En cuanto se refiere a las fundaciones, la Ley 30/1994, de Fundaciones, autorizó su creación por las Entidades Públicas, fenómeno que se extendió intensamente en el ámbito sanitario. Así, las fundaciones han sido también otra vía de escape de la normativa administrativa y presupuestaria, criticada, por ello, por la doctrina¹⁶²⁵. Finalmente, la Ley 50/2002, de Fundaciones, dedica un Capítulo a las fundaciones públicas, unificando su regulación y sometiéndolas a ciertas previsiones de Derecho Público, pero que en ningún caso implican el control administrativo y de fiscalización del gasto propio de una Administración Pública territorial.

Posteriormente la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, introduce la figura de las Agencias, las cuales no se rigen directamente por la LOFAGE, sino por la citada Ley 28/2006 y sus normas de creación. ¿Qué aporta esta figura? Según la Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, es “necesario incorporar a la

¹⁶²¹ RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pg. 62, FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Administraciones Instrumentales”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pg. 352, y GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., “Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local”, *REALA*, nº. 274-275, 1997.

¹⁶²² Entre otros, ver PIÑAR MAÑAS, J.L., “Fundaciones constituidas por Entidades públicas. Algunas cuestiones”, *REDA*, nº. 97, enero-marzo, 1998.

¹⁶²³ JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., “Organización Instrumental Pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y ÁLVAREZ CONDE, E., CGPJ, Madrid, 1999, pg.178.

¹⁶²⁴ DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pg. 99.

¹⁶²⁵ PIÑAR MAÑAS, J.L., “Fundaciones...”, op.cit., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Las fundaciones privadas del Sector Público: problemas de constitucionalidad”, en AA.VV., *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales (XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 octubre 2000)*, Cedecs, Barcelona, 2002, pg. 301 y ss.

Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados”. La ley se enmarca en la “cultura de la responsabilidad por resultados”, que implica atribuir a los gestores de las Agencias mayores medios y competencias, controlándoles en la eficacia.¹⁶²⁶

Debe destacarse que la Ley 28/2006 no predetermina qué Derecho (administrativo o privado) regirá las Agencias Estatales, sino que esta cuestión acaba siendo decidida por las concretas Leyes de creación de cada Agencia. Ha sido la Ley General Presupuestaria la que distingue entre Sector Público administrativo y Sector Público empresarial¹⁶²⁷. Las Agencias del sector administrativo serán las que cumplan alguna de las dos características siguientes:

- Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.

- Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de esta Ley, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de la entregas de bienes o prestaciones de servicios.

Este criterio es el mismo que la Ley de Contratos del Sector Público utiliza para considerar Administraciones Públicas a estas Entidades.¹⁶²⁸ Por su parte, las Agencias del sector empresarial son las que no tienen ninguna de esas características. Lo que sí parece claro es que la normativa presupuestaria reduce la intensidad de los controles sobre las Agencias Estatales, aunque sean del Sector Público administrativo, ya que el artículo 27 de la Ley 28/2006¹⁶²⁹ dispone que el presupuesto de gastos de las Agencias Estatales “*tiene carácter limitativo por su importe global y carácter estimativo para la distribución de los créditos en categorías económicas*”.¹⁶³⁰ Y la La Ley 47/2003, General Presupuestaria, no prevé para las Agencias el tradicional mecanismo de la fiscalización previa de los gastos por los órganos internos de la Intervención, antes de que se realicen, sino que se prevé el control financiero permanente, que se realiza a posteriori.

¹⁶²⁶ MARTÍN-CARO GARCÍA, F., BETTSCHEN CAPA, B., y ESTOA PÉREZ, A., *Las agencias estatales*, Iustel, Madrid, 2007, pg. 31.

¹⁶²⁷ Artículo 3 de la Ley 47/2003.

¹⁶²⁸ Ver artículo 3.2.e) de la Ley 30/2007.

¹⁶²⁹ En la redacción dada por la Ley 26/2009.

¹⁶³⁰ Con excepción de los correspondientes a gastos de personal que en todo caso tienen carácter limitativo y vinculante por su cuantía total, y de las subvenciones nominativas y las atenciones protocolarias y representativas que tendrán carácter limitativo y vinculante cualquiera que sea el nivel de la clasificación económica al que se establezcan”.

Además, se crean auténticos “reinos de taifas”, ya que la norma de creación de cada Entidad Instrumental remite su regulación y régimen jurídico a lo que dispongan sus Estatutos. Y en dichos Estatutos “se consignarán excepciones al sistema administrativo general, o, más simplemente aún, un principio general de libertad de actuación. (...) Se hacen remisiones más o menos genéricas al Derecho Privado, (...), lo que intenta alcanzar una liberación pura y simple de la técnica de la legalidad que domina la actuación de los Entes públicos”.¹⁶³¹ Y es que, como destaca BAUZÁ MARTORELL¹⁶³², la normativa común sobre Entidades Instrumentales no es posible si la ley de creación de cada Ente es libre para darle un régimen singular.

Finalmente, la situación se complica porque las Comunidades Autónomas cuentan con su propia normativa sobre organización administrativa. La diversidad normativa en el ámbito local es también muy considerable, habida cuenta de que las Comunidades Autónomas han desarrollado la legislación sobre régimen local. Por tanto, existe un *mare magnum* de normativa reguladora de las personificaciones Instrumentales, públicas y privadas, sin que exista una normativa básica que unifique y clarifique los conceptos. A este respecto, la doctrina viene destacando la existencia de una reserva de ley sobre la potestad de organización de las Administraciones Públicas (con base en el artículo 103.2 CE), que incluye la regulación de los tipos de los tipos de Entes Instrumentales y los criterios para optar entre ellos, así como incrementar los controles sobre dicha elección.¹⁶³³

Además, la potestad organizativa debe ser regulada por legislación de carácter básica, de acuerdo con el artículo 149.1.18 CE, que se refiere al “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”. Así lo han señalado RIVERO ORTEGA¹⁶³⁴, PÉREZ MORENO¹⁶³⁵, PARADA VÁZQUEZ¹⁶³⁶, MARTÍNEZ LÓPEZ-

¹⁶³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Thomson Civitas, Navarra, 2006, pg. 404.

¹⁶³² BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 132.

¹⁶³³ RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas...*, op.cit., pgs. 31 y 56. Ver también PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley 30/1992", en AA.VV., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos, Madrid, 1993, BASSOLS COMA, M., "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", *RAP*, nº. 98, 1979.

¹⁶³⁴ RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas...*, op.cit., pg. 63 y ss.

¹⁶³⁵ PÉREZ MORENO, A., "Las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 1455.

¹⁶³⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., "La Administración Institucional de la Comunidad de Madrid", en AA.VV., *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid*, Coord. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Civitas, Madrid, 1987.

MUÑIZ¹⁶³⁷, FERNÁNDEZ FARRERES¹⁶³⁸, MONTOYA MARTÍN¹⁶³⁹ y GARCÍA LLOVERT¹⁶⁴⁰. También la STC 14/1986 señaló que las Comunidades Autónomas no pueden crear nuevos tipos de entidades al margen de las previstas por la legislación básica.¹⁶⁴¹

Debe destacarse que la fórmula de descentralización funcional preferida en España ha sido la de los Entes Públicos sometidos al Derecho Privado¹⁶⁴², seguida de las sociedades y fundaciones del Sector Público.

2.2.- Falta de justificación real del fenómeno de huida del Derecho Administrativo

La creación de Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado suele justificarse en que facilita una gestión más flexible, e incluso en la necesidad de escapar al principio de caja única del Estado y a los rígidos controles de la contabilidad pública. En este sentido, como ya indicara en su día CLAVERO ARÉVALO, las Administraciones Públicas buscan evadirse de la lentitud y la inflexibilidad del Derecho Administrativo general, “basado, en muchas de sus

¹⁶³⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos", *RGDA*, nº. 27, 2011.

¹⁶³⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Administraciones Instrumentales", op.cit., pg. 343.

¹⁶³⁹ En este sentido, indica MONTOYA MARTÍN que "un modelo de personificación no puede ser considerada Administración a determinados efectos y no serlo a otros, ni ser definido de acuerdo a criterios divergentes según se trate de la contratación, de la estabilidad presupuestaria, de la rendición de cuentas o de tener acceso a determinados inventarios públicos. (...) Resulta imprescindible elaborar unos principios comunes, de carácter básico, del ejercicio de la potestad organizatoria, que aseguren un mínimo grado de homogeneidad" (MONTOYA MARTÍN, E., "*Reflexiones sobre el Sector Público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización*", Ponencia en Estructuras Administrativas y racionalización del gasto, VII Congreso, EPDA Tarragona, 10-11 de febrero de 2012, pg. 89).

¹⁶⁴⁰ GARCÍA LLOVERT, E., "La Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Galicia", en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.

¹⁶⁴¹ Esta STC analizó la Ley vasca 12/1983, que regulaba la sociedad pública vasca especial. Por su parte, la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, incorporó a la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, la figura de las Entidades Públicas Empresariales, pero dicha ley 7/1985 nada dice sobre las Agencias para el ámbito local.

¹⁶⁴² BAENA DE ALCÁZAR, M., "Organización, régimen jurídico y Sector Público estatal. La incidencia de las leyes de presupuestos", en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 85, y MONTOYA MARTÍN, E., "Reflexiones sobre el Sector Público...", op.cit., pg. 13.

facetas, en la garantía del ciudadano y en la desconfianza hacia el administrador”.¹⁶⁴³

Así, el Derecho Administrativo está construido sobre la base de procedimientos garantistas, pero ello provoca la ralentización de la actividad administrativa, lo cual constituye un problema hoy día, en que la Administración del Estado Social interviene en múltiples sectores, convirtiéndose en una Administración de prestaciones a la que se exige mayor eficacia.¹⁶⁴⁴ Ello ha determinado el nacimiento de las teorías de la “Nueva Gestión Pública” (NGP), que propugnan la aplicación de criterios privados a la gestión de lo público, y que fueron asumidas por la OCDE, que sugirió que “se deben de relajar los controles administrativos”.¹⁶⁴⁵

Pero lo cierto es que no se ha demostrado una mayor eficacia con estas formas privadas o híbridas, no faltando en la doctrina quienes consideran que el balance final de estas Entidades Instrumentales es la ineficacia¹⁶⁴⁶. De hecho, en términos globales, los resultados de las empresas públicas son, según MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, escasa productividad, permanente y habitual situación de déficit, importantes pérdidas y falta de competitividad”.¹⁶⁴⁷ Así, como indica VILLAR

¹⁶⁴³ CLAVERO ARÉVALO, M.F., “Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Autónomas”, *DA*, nº. 58, octubre 1962, pg. 23 y ss.

¹⁶⁴⁴ BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 23. Ver también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Las Empresas Públicas; reflexiones del momento presente”, *RAP*, nº. 126, 1991, pg. 116 y ss., y PALOMAR OLMEDA, A., “Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración”, *RICA*, vol. 57, nº. 4, 1990.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO alude a que la actual expresión de crisis del Estado Social debe entenderse en el sentido de la necesaria tarea de adaptación de las estructuras estatales al cambio de las circunstancias sociales que permitieron la creación del Estado Social en el Siglo XX. (RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., “La realización del estado social a través de los municipios: Servicios públicos locales y asistencia social”, en AA.VV., *Estado social y municipios: Servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Coord. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., y ORTEGA BERARDO, J., Catarata, 2010, pg. 43.

¹⁶⁴⁵ CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., “El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la administración pública”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 11/2011.

¹⁶⁴⁶ MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “La huida del Derecho Administrativo”, en AA.VV. *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 992.

¹⁶⁴⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Las Empresas Públicas...”, op.cit. Ver también CUADRADO ROURA, J.R., y CARRILLO NEFF., M., *Expansión del Sector Público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas*, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Documento de trabajo 03/2008, pg. 12.

Puede citarse también, como ejemplo de desastrosa gestión, el Informe del Tribunal de Cuentas sobre la gestión del Ente Público RTVE durante los ejercicios 1991 a 1995, señala importantes irregularidades, tales como contratos sospechosos, despilfarro en el gasto, etc. TRONCOSO REIGADA también señala como ejemplos de dudosa buena gestión a las sociedades públicas Barcelona Holding Olímpico SA y la Sociedad Estatal EXPO'92, en los

ROJAS¹⁶⁴⁸ respecto de los Entes públicos sometidos a Derecho Privado, y refiriéndose en particular al ámbito de la sanidad, “la gestión de la sanidad con técnicas empresariales aparece como la panacea frente a la rigidez e ineficacia que resulta del Derecho Público; sin que nadie parezca haberse planteado el por qué del Derecho Administrativo, ni cuáles son las posibilidades de reformar algunas de sus normas fundamentales para mejorar la gestión de los servicios públicos”.¹⁶⁴⁹

Y no olvidemos que en muchos casos la encomienda de actuaciones a las Entidades Instrumentales de Derecho Privado conlleva el pago a éstas por la Administración Pública matriz de una tarifa del 10% del precio de la actuación, lo cual, como indica AMOEDO SOUTO¹⁶⁵⁰, determina un mayor gasto. En definitiva, no existe una cumplida prueba de la presunta mayor eficacia de la gestión privada,¹⁶⁵¹ sino más bien lo contrario. Además, el modus operandi de la empresa privada no es del todo trasladable a la Administración Pública¹⁶⁵², que está sujeta a otros parámetros, lo que provoca que los mecanismos de la empresa privada no den los mismos resultados en el ámbito público. Entre tales parámetros pueden destacarse los siguientes:

- La Administración Pública persigue el interés general y el principio de universalidad, por lo que no puede regirse siempre por los criterios de rentabilidad económica.¹⁶⁵³

que señala que se abusó de la contratación directa sin salvaguardar la publicidad y la libre concurrencia.

¹⁶⁴⁸ VILLAR ROJAS, F.J., “La huida al Derecho privado en la gestión de los servicios de salud”, ponencia presentada en las XIV Jornadas de Economía de la Salud, Santiago de Compostela, Junio 2004.

¹⁶⁴⁹ También destaca NAVAJAS REBOLLAR cómo se ha producido un deterioro progresivo del “prestigio de la cultura de lo público”, siendo lo público considerado como rígido y lento. A su juicio, esta opinión ha sido patrocinada desde la propia Administración Pública, remitiéndose, como ejemplo, al informe “Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado”, del Ministerio para las Administraciones Públicas, de 1990, que explícitamente considera que el Derecho Administrativo es contrario a la eficacia. (NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, Colex, Madrid, 2000, pg. 77). En esta misma línea, ver PAREJO ALFONSO, L., *Crisis y renovación del Derecho Público*, Madrid, CEC, 1991, pg. 11 y ss.

¹⁶⁵⁰ AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Ilustre Colegio Oficial de Veterinarios de A Coruña, Barcelona, 2004, pgs. 199 y 212.

¹⁶⁵¹ Incluso se ha señalado que cuando no existe competencia (monopolio), la ineficiencia es común tanto en la gestión privada como pública, siendo indiferente la naturaleza del sujeto prestador del servicio. (BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Las entidades públicas empresariales...”, op.cit., pg. 439 y ss.).

¹⁶⁵² DEL SAZ CORDERO, S., “La laboralización de la función pública”, en AA.VV., *El Estatuto...*, op.cit., pg. 153.

¹⁶⁵³ Como indica NAVAJAS REBOLLAR, la Administración Pública no es una organización lucrativa al modo de la empresa privada, de modo que “la aplicación sin más de las normas reguladoras del mercado supone una profunda distorsión de la verdadera razón de ser de

- La Administración Pública y las Empresas Públicas¹⁶⁵⁴ dependen del poder político, con la consiguiente contaminación de objetivos electoralistas y condicionantes de clientelismo político a la hora de nombrar a los gestores de las Empresas Públicas.¹⁶⁵⁵

- En la empresa pública no existe un empresario particular que se juega su patrimonio con la marcha del negocio no hay un dueño del negocio que sufra en su persona las consecuencias negativas de una mala llevanza del negocio, sino que los directivos públicos manejan con indiferencia el dinero ajeno.

- Por ello, la empresa privada aplica las normas laborales con mayor rigor.¹⁶⁵⁶

En definitiva, autores como ARIÑO ORTIZ, entienden que actualmente la empresa pública no es “pública” porque es “política”, no es de todos, sino “de unos pocos”, los políticos en el poder, y no es “empresa” en su forma de gestión y llevanza, y concluye que las Empresas Públicas han supuesto “una vía de lograr espacios libres de control”.¹⁶⁵⁷

También, y en relación con TRAGSA, señala AMOEDO SOUTO que la creación de Entidades Instrumentales de personalidad privada produce la degradación del servicio público (que en el caso de TRAGSA conlleva la utilización de criterios productivistas en la gestión del medio ambiente) y “la generalización de lazos clientelares con el poder económico y político-administrativo”.¹⁶⁵⁸

En este contexto, la mitificación del Derecho Privado ha sido puesta en duda por la doctrina. Así, BAUZÁ MARTORELL, en su obra “la desadministración pública”, realiza un análisis pormenorizado sobre las supuestas ventajas del Derecho Privado en el ámbito de la contratación y del personal, concluyendo que, en definitiva, el Derecho mercantil y Laboral no aporta mayor flexibilidad. Así, las

estas organizaciones”. (NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, op.cit., pg. 80).

¹⁶⁵⁴ Entendida la empresa pública como comprensiva de las Entidades Públicas sometidas al Derecho Privado y las sociedades mercantiles del sector público (participadas mayoritariamente por el Estado). TRONCOSO REIGADA incluye también aquéllas en que el Estado tiene el control, aunque su participación en el accionariado sea menor (en línea con la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas). TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización, empresa pública y Constitución*, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1997, pgs. 38 y 39.

¹⁶⁵⁵ ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pg. 101.

¹⁶⁵⁶ PARADA VÁZQUEZ, R., Prólogo a la obra de BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 14.

¹⁶⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, G., *Empresa pública...*, op.cit., pg. 168. Ver también su obra *¿Privatizar al Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, Madrid, 1994.

¹⁶⁵⁸ AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op.cit., pgs. 199, 201 y 213.

diferencias entre el régimen funcionarial y el laboral son muy leves, ya que las leyes de presupuestos anuales establecen similares límites a los incrementos salariales.¹⁶⁵⁹

Además, si el problema es de tipo retributivo, el legislador podría abrir el abanico de retribuciones para aquellas funciones en que se precisan profesionales formados en la empresa privada. Lo que resulta contrario al principio de igualdad es pagar más a una persona si presta sus servicios a una Empresa Pública en lugar de en una Administración Pública.¹⁶⁶⁰

En todo caso, en cuanto a la pretendida flexibilidad que se supone que aporta el Derecho Laboral para la gestión del personal, debe indicarse que la posibilidad de despedir al trabajador sin causa es muy discutida por la doctrina en el ámbito de la Administración Pública.¹⁶⁶¹

En el campo de la Ciencia Económica, indica AMEGUAL ANTICH que la mayor eficacia de la gestión a través de Entes Instrumentales sometidos al Derecho Privado y no resiste el más mínimo análisis, remitiéndose a la conclusión 1ª del Grupo de trabajo A.2 del III Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público.¹⁶⁶² Por su parte, MONTOYA MARTÍN ha señalado que la crisis económica y financiera ha puesto en el punto de mira a la multiplicidad de Entes Instrumentales, especialmente en el ámbito autonómico y local, que en muchos casos son un “ejemplo de despilfarro, duplicidades, falta de eficiencia, eficacia, y economía, de carencia de justificación en razones de interés generales. Predomina la falta de información, la ausencia de responsabilidad por los malos resultados conseguidos, la opacidad, lo que constituye en definitiva un ejemplo de mala administración”.¹⁶⁶³ El despilfarro de gasto es aún mayor cuando se asignan a los Entes Instrumentales ámbitos funcionales coincidentes con los de la Administración Pública matriz, produciendo una inadmisibile duplicidad, cuyos efectos perniciosos se agravan cuando es personal laboral el que realiza funciones materialmente administrativas, vulnerando la reserva de funciones del personal funcionario.

¹⁶⁵⁹ BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 23.

¹⁶⁶⁰ VILLAR PALASÍ alude a la “hipocresía jurídica de no querer afrontar resueltamente el problema de las retribuciones del Sector Público”. (VILLAR PALASÍ, J.L., “Tipología y derecho estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 163).

¹⁶⁶¹ Un estudio sobre la cuestión puede verse en FONDEVILA ANTOLÍN, J., *Constitución y empleo público...*, op.cit., pg. 272 y ss. Ver también FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pg. 84, y PARADA, VÁZQUEZ, R., *Derecho del empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pg. 63.

¹⁶⁶² AMEGUAL ANTICH, J., “El control de los entes instrumentales”, *Revista Auditoría Pública*, nº. 49, 2009.

¹⁶⁶³ MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el Sector Público...”, op.cit., pg. 81.

De hecho, en muchos casos la creación de los Entes públicos sometidos al Derecho Privado no está sustentada en verdaderos estudios, como ha puesto de manifiesto el Tribunal de Cuentas, en el Informe de Fiscalización del Sector Público Local sobre los ejercicios 2006, 2007 y 2008.¹⁶⁶⁴

Como indica CUADRADO ZULOAGA¹⁶⁶⁵, la propia clase política en España ha reconocido esta realidad, de forma implícita, puesto que, en el actual contexto de crisis económica y como consecuencia de la apertura a España por el Consejo de la Unión Europea de un procedimiento de déficit excesivo, el Gobierno Español ha acordado con las Comunidades Autónomas en el seno del Consejo de Política Fiscal y Financiera garantizar la sostenibilidad de las finanzas públicas en el período 2010-2013 y, concretamente, el compromiso de las Comunidades Autónomas de elaborar un Plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales con el objetivo de mejorar la eficacia y reducir el gasto público. Sin embargo, tras un análisis de las medidas normativas adoptadas, concluye MONTOYA MARTÍN que las mismas no han sido de verdadera reducción drástica de Empresas Públicas¹⁶⁶⁶

Otra contundente prueba a favor del reconocimiento del desastre que han supuesto las Entidades Instrumentales es el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el 15 de febrero de 2013, que prevé una revisión de las Entidades Instrumentales que conforman el Sector Público local. En primer lugar, modifica el artículo 85.2 LBRL, que pasaría a disponer que, para gestionar los servicios públicos de competencia local sólo podrá hacerse uso de Entidades públicas empresariales locales o de sociedades mercantiles locales de capital íntegramente público, cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas de gestión, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. (Además dispone que deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio y su diferencia con el coste estándar de referencia, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. Y que a estos efectos, se recabará

¹⁶⁶⁴ El descontrol ha sido tal que no sabe ni el total de Entidades Instrumentales reales que existen en España. A título de ejemplo, el Tribunal de Cuentas, en Informe de 24 de marzo de 2011, indica que no se conoce con certeza ni la cifra de fundaciones, ya que no se había creado el Registro general de Fundaciones de competencia estatal previsto en la Ley 50/2002. Por ello, la doctrina ha tenido que reivindicar la creación de Registros válidos y permanentemente actualizados que permitan conocer con exactitud, en particular, el Sector Público Local. Por su parte, el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, General de Estabilidad, en su aplicación a las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre, establece que el Ministerio de Economía y Hacienda, formará y gestionará el Inventario de Entes del Sector Público Local.

¹⁶⁶⁵ CUADRADO ZULOAGA, D., "Entes públicos de Derecho privado: necesidad de su replanteamiento", AA, nº. 10/2012.

¹⁶⁶⁶ MONTOYA MARTÍN, E., "Reflexiones sobre el Sector Público...", op.cit., pg. 88.

informe del interventor local, quien valorará la sostenibilidad financiera y la eficiencia de las propuestas planteadas).

En segundo lugar, el citado Anteproyecto impide la participación o constitución de Entidades Instrumentales por las Entidades Locales cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria, les exige su saneamiento, y, si éste no se produce, obliga a disolverlas. También prohíbe, en todo caso, la creación de Entidades Instrumentales de segundo nivel.

Por otro lado, y como indica PAREJO ALFONSO¹⁶⁶⁷, la cuestión de la eficacia administrativa no consiste en optar entre Derecho y eficacia. Separarse de los controles del clásico Derecho Administrativo y Presupuestario conlleva corrupción y clientelismo, lo cual a su vez provoca ineficacia.¹⁶⁶⁸ Así, el acceso, al tratarse de empleo público, siempre tendrá que respetar los repetidos principios de igualdad, mérito y capacidad, y ello requiere la tramitación de un procedimiento con las debidas garantías que aseguren la vigencia de estos principios. Por tanto, la clave está en mejorar estos procedimientos, no en suprimirlos, pues su supresión daría lugar a la corrupción y, por tanto, a la ineficacia.

En particular, se dice que en la legislación sobre empleo público y en la gestión del empleo público existe una excesiva rigidez, derivada en buena parte de la movilidad reducida del personal y de la no intercambiabilidad de funciones. Pero, a este respecto (y de la forma somera que procede en esta tesis doctoral) procede indicar lo siguiente:

- La rigidez en el diseño de la organización proviene de la propia actuación de los gestores. En efecto, las distintas Administraciones Públicas, a pesar de la libertad de autoorganización con que cuentan, han ido encorsetando las RPT mediante la definición de puestos de trabajo muy diferenciados y con funciones muy concretas, sin el establecimiento de fórmulas de movilidad entre ellos, lo cual reduce la flexibilidad.¹⁶⁶⁹ Sin embargo, esta cuestión puede resolverse, pues la RPT puede ser diseñada con puestos de trabajo con funciones amplias y más genéricas, que permitan la utilización de los efectivos de personal con gran flexibilidad dentro de cada departamento.¹⁶⁷⁰

- La criticada inamovilidad del funcionario lo es respecto de su condición de tal funcionario, pero el puesto de trabajo concreto que ocupa no es de su propiedad, sino que la legislación vigente contiene ya elementos que permiten

¹⁶⁶⁷ PAREJO ALFONSO, L., "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", *DA*, nº. 218-219, 1989, pg. 33.

¹⁶⁶⁸ Ver TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 59.

¹⁶⁶⁹ Deben distinguirse dos cuestiones: por un lado, la reflexión sobre los puestos de trabajo y, por otro lado, la reflexión sobre el mantenimiento del funcionario en el respectivo puesto de trabajo. (PALOMAR OLMEDA, A., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, op.cit., pg. 468).

¹⁶⁷⁰ Ver CASTILLO BLANCO, F., "Los sistemas de selección...", op.cit., pg. 177.

desplazarlo, y que son la reasignación de efectivos (a través de planes de empleo) y la remoción del puesto (en caso de inadecuación de la persona al puesto). Otra cosa es la voluntad política de utilizar estas herramientas, cuestión ésta que no justifica la mayor eficacia de los Entes Instrumentales. Se trata no de eliminar la inamovilidad funcional (que es garantía esencial de la imparcialidad en el ejercicio de las potestades administrativas), sino de disponer de una estructura donde la estabilidad del empleado público lo sea en su condición de empleado, pero no en el puesto de trabajo, sino que la permanencia en el mismo esté relacionada con la evaluación del desempeño. Así pues, en principio, resulta muy aventurado afirmar con contundencia que la falta de flexibilidad de la gestión de los recursos humanos justifica la huída del Derecho Administrativo. De lo que se trata, más bien, es de mejorar la normativa administrativa y la propia práctica de la gestión pública.¹⁶⁷¹

Incluso se ha destacado que el Derecho Público no es tan inflexible. Así, AMOEDO SOUTO destaca que en los casos en que se requiere flexibilidad para afrontar necesidades urgentes (como catástrofes naturales), la legislación de contratos facilita los procedimientos de emergencia y urgencia para la contratación, y la normativa sobre empleo de las Administraciones Públicas permite la contratación laboral temporal, además mediante los sistemas de listas provisionales, que permiten compatibilizar la eficacia con la garantía de la igualdad, el mérito y la capacidad.¹⁶⁷² A la vista de lo expuesto, la doctrina viene planteándose si las verdaderas causas de la creación de los Entes Instrumentales sometidos al Derecho Privado es la pura elusión de las garantías del Derecho Administrativo y Presupuestario.

En esta línea, la doctrina ha destacado la utilización de los Entes Instrumentales con el objetivo de eludir los límites sobre endeudamiento del Sector Público¹⁶⁷³, atender objetivos electoralistas¹⁶⁷⁴, eludir los principios de mérito y capacidad en la selección de los empleados, contratando a personas afines a los

¹⁶⁷¹ Ver MAURI MAJÓS, J., "Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública", *QDL*, nº. 26, 2011.

¹⁶⁷² AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op.cit., pg. 199 y 200.

¹⁶⁷³ Ver CUADRADO ROURA, J.R., y CARRILLO NEFF., M., *Expansión del Sector Público empresarial...*, op.cit., pg. 12 y ss., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "El régimen...", op.cit., y "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", *RAP*, nº. 144, 1997, y PINA, V., TORRES, L., y ACERETE, J.B., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Aeca, Madrid, 2003, pg. 23 y ss.

¹⁶⁷⁴ Ver GÓMEZ AGUSTÍN, M., *El renacimiento del INI. Situación y perspectivas del Sector Público autonómico y local*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2004, pg. 71 y ss., y PRADO LORENZO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, D., y GARCÍA SÁNCHEZ, I. Mª., "El proceso de corporatización en España: evolución y factores explicativos", *Auditoría Pública. Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, nº. 47/2009.

gobernantes y a los partidos políticos¹⁶⁷⁵, retribuir los cargos políticos a sus correligionarios¹⁶⁷⁶, y eludir la normativa sobre contratos administrativos.¹⁶⁷⁷

Esta problemática se agudiza en el caso de las sociedades mercantiles. En palabras de VIVERO SERRANO¹⁶⁷⁸, “las sociedades públicas, muchas veces destinadas a actividades típicamente administrativas, nutridas total o parcialmente con fondos públicos, controladas de uno u otro modo por los cargos políticos de turno, se han convertido de este modo en la vía más sencilla para eludir los principios constitucionales de mérito y capacidad y favorecer así el clientelismo político, el sindical, el amiguismo, el nepotismo, etc. Y todo ello de manera aparentemente lícita”.¹⁶⁷⁹ En la misma línea, indica NIETO¹⁶⁸⁰ que “con las sociedades privadas tienen los políticos las manos libres para saquear los fondos de procedencia pública con suculentas comisiones a través de contratos onerosos y gracias a ellas tienen también a su disposición innumerables cargos sin las limitaciones retributivas que pesan sobre los funcionarios, para premiar a sus amigos políticos y personales y nada digamos del personal medio e inferior que se dota igualmente sin la necesidad de oposiciones ni pruebas de capacidad”.¹⁶⁸¹

También señala CARDONA PERETÓ que “existen, en consecuencia, motivos para pensar que el debilitamiento del sistema de mérito, la huída de la supuesta rigidez del derecho administrativo a favor de la flexibilidad que ofrece el Derecho Laboral en la gestión de los recursos humanos, junto al reforzamiento del poder de los gestores, responden más a motivaciones de tipo político e ideológico

¹⁶⁷⁵ Ver AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op.cit., pg. 147, y REBOLLO PUIG, M., “Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio”, *RAAP*, nº. 161, 2003.

¹⁶⁷⁶ Ver TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pgs. 53 y 54, y DE LA CRUZ FERRER, J., “La Administración Institucional y corporativa”, en AA.VV., *Derecho Administrativo, II, Parte Especial*, Universitas, Madrid, 1995, pg. 229, AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op. cit., pg. 199 y 210, y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., en “Las empresas públicas. Reflexiones desde el momento presente”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 1039.

¹⁶⁷⁷ AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op. cit., pgs. 199 y 213. Sobre contratación de los Entes Instrumentales, ver también GIMENO FELIÚ, J. M^º, “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *RAP*, nº. 144, 1997, y CARBONELL PORRAS, E., “Las sociedades mercantiles públicas y los contratos con terceros en las Directivas comunitarias y en el Derecho español”, *Noticias de la Unión Europea*, nº. 267, 2007.

¹⁶⁷⁸ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 59.

¹⁶⁷⁹ En el mismo sentido, ver TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 56.

¹⁶⁸⁰ NIETO GARCÍA, A., *La nueva organización...*, op.cit., pg. 233.

¹⁶⁸¹ También FUENTETAJA PASTOR se refiere a la “necesidad de nutrir con puestos públicos al personal que trabaja, a tiempo más o menos parcial, al servicio de los aparatos de los partidos” políticos. (FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pg. 81).

de debilitamiento del Estado que a un genuino compromiso con la calidad y eficacia del servicio público”.¹⁶⁸²

2.3.- El problema de la realización de actividades materialmente administrativas por las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado

El problema de la huida del Derecho Administrativo se agudiza porque las Entidades Instrumentales sujetas al Derecho Privado en sus inicios tenían por objeto actividades productivas o industriales del Estado (actividad de mercado, del Estado)¹⁶⁸³, pero han ido ampliando su radio de actuación hacia la gestión de servicios públicos, y también hacia la realización de “auténticas funciones y actividades que constituyen el meollo mismo de la función administrativa”.¹⁶⁸⁴

La problemática radica en que el poder público se sirve de las potestades administrativas para ejercer su actividad desde una posición de *imperium* sobre los ciudadanos, y en contrapartida, la propia Constitución Española reconoce los tradicionales límites de estas potestades exorbitantes, que no son otros que el principio de legalidad, la persecución del interés general y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. El problema del ejercicio de funciones públicas se plantea en dos casos:

- Cuando se crean sociedades mercantiles y fundaciones a las que se atribuyen actividades no mercantiles, sino de verdadero carácter administrativo.

- Cuando se crean Entes Públicos sometidos al Derecho Privado que realizan actividades sustancialmente administrativas.¹⁶⁸⁵

Al respecto, hay dos cuestiones muy claras:

1) Las sociedades mercantiles y fundaciones no pueden ejercitar potestades administrativas. Así lo reconoce la propia LOFAGE al disponer, para las sociedades, que “*en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen*

¹⁶⁸² CARDONA PERETÓ, F., “Tendencias en la gestión de la función pública. Países de la Unión Europea y OCDE”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas en la función pública española. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 30 de agosto de 2006, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.

¹⁶⁸³ VILLAR PALASÍ, J.L., “La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo”, *RAP*, nº. 3, 1950.

¹⁶⁸⁴ GARRIDO FALLA, F., “Origen y evolución de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 41. Ver también DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad...*, op.cit., pg. 89, y AMEGUAL ANTICH, J., “El control de los entes instrumentales”, *Revista Auditoría Pública*, n.º 49, 2009.

¹⁶⁸⁵ Actividades administrativas tales como contratación de obras e infraestructuras públicas, distribución de ayudas públicas, etc.

el ejercicio de autoridad pública". Además, el artículo 5.5 de la Ley 30/1992 impide realizar a favor de Entes privados encomiendas de gestión sobre actividades que hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo.¹⁶⁸⁶

Sin embargo, son continuos los litigios referidos a la nulidad de encomiendas de gestión a través de las cuales las Administraciones Públicas atribuyen el ejercicio de verdaderas potestades administrativas al personal laboral de entidades privadas (fundaciones y sociedades del Sector Público).¹⁶⁸⁷

2) Solamente los funcionarios públicos pueden ejercitar las potestades administrativas, tal y como dispone el artículo 9.2 EBEP, con el carácter de legislación básica.¹⁶⁸⁸ Esto afecta de manera directa a las Entidades Públicas Empresariales, a las que las leyes atribuyen el ejercicio de potestades administrativas, pero cuya normativa establece que su personal es laboral. Esto ha motivado que algunos califiquen a las Entidades Públicas Empresariales como auténticos engendros jurídicos sin sentido lógico, en la medida en que:

¹⁶⁸⁶ Al respecto, la doctrina viene planteándose el significado exacto de los términos "autoridad pública" y "potestad administrativa", que no vienen expresamente definidos por el legislador, pudiendo concluirse que son sinónimos, significando todas aquellas actividades públicas que se realizan desde una posición de *imperium* sobre los particulares. Esto comprendería "las potestades de policía, sancionadora, expropiatoria, recuperación de oficio, ejecución forzosa, tarifaria, tributaria, disciplinaria, de fomento y, con carácter general, el ejercicio de actividades públicas que supongan el reconocimiento o la restricción de derechos y libertades de la ciudadanía", tal y como indica el Defensor del Pueblo Andaluz en su informe "sobre El régimen de actuación de los Entes Instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía".

¹⁶⁸⁷ A título de ejemplo, puede señalarse que la STSJ de Andalucía de 10 de mayo de 2011 señala que "el ejercicio de la actividad de inspección y control respecto del cumplimiento de condiciones de subvenciones comunitarias, supone el ejercicio de potestades administrativas, que se encuentran reservadas a funcionarios públicos, no pudiéndose encomendar a personas que carezcan de dicha condición". También la STSJ de Andalucía de 29 de mayo de 2009, relativa a una encomienda de gestión a la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo, señala que "la Verificación de los soportes didácticos que supongan un proceso de aprendizaje sistematizado por el participante o la Verificación de la existencia de una asistencia tutorial idónea o la comprobación del grado de realización del Plan y el nivel de coherencia entre lo solicitado, lo aprobado y lo ejecutado, comportan igualmente, para que sean eficaces en sí mismos algún tipo de ejercicio de potestades administrativas".

¹⁶⁸⁸ La cuestión de la reserva del ejercicio de las potestades administrativas al personal funcionario es de hondo calado, está de plena actualidad y ha dado lugar a una ingente bibliografía que no procede enumerar en esta tesis doctoral. Simplemente mencionaremos que, a juicio de BERMÚDEZ PALOMAR, el EBEP constituye una auténtica ruptura del modelo constitucional de preferencia por el personal funcionario, destacando que, debido a que el artículo 9.2 EBEP no establece un elenco de funciones concretas que en todo caso deben corresponder a los funcionarios, cada Comunidad Autónoma legislará lo que tenga por oportuno, de modo que una misma función será desempeñada por funcionarios o laborales según la normativa aplicable. (BERMÚDEZ PALOMAR, V., "La laboralización de la función pública local y el Estatuto Básico del Empleado Público: la ruptura del modelo constitucional de empleo público", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº. 23, 2010, pg. 3365 y ss.).

a) Cuando ejercitan potestades han de actuar como una Administración de las clásicas, ya que deben aplicar el Derecho Administrativo. Por tanto, en este caso, en nada se distinguen, en su forma de actuar, de tales Administraciones clásicas.

b) Su personal es laboral, pero cuando ejercitan potestades administrativas necesitan a los funcionarios de las Administraciones Públicas, que se los adscriben funcionalmente.

Entonces, ¿qué aportan realmente las Agencias Empresariales o Entidades Públicas Empresariales? Pues parece que lo único en lo que se distinguen de una Administración Territorial o de un Organismo Autónomo es en que no se les aplica el grosso de la normativa presupuestaria, financiera, de contratación de bienes y servicios y de selección de personal. Se trata de un claro ejemplo de “huida del Derecho Administrativo”. Ya hace años se preguntaba EMBID IRUJO si “¿no surgirá en algún momento del próximo futuro un inconveniente de tipo constitucional en el régimen jurídico de los entes por el hecho de la selección de personal por medios laborales, personal que luego es vinculado al cumplimiento de funciones públicas?”.¹⁶⁸⁹

La contradicción que supone eludir el Derecho Público pero tener una personalidad pública se explica fácilmente por el objetivo que se persigue: flexibilidad en la gestión sin sometimiento a tradicionales controles, pero a la vez posición de *imperium* en virtud de su personalidad pública¹⁶⁹⁰ (la cual les permite ejercer potestades administrativas).

En este contexto, se ha indicado que el problema radica en que no existe un criterio claro sobre cuándo una Administración Pública puede crear una Entidad instrumental sometida al Derecho privado.¹⁶⁹¹ Pero, de acuerdo con los argumentos aquí expuestos, y con un importante sector de la doctrina, cabe concluir que las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado sólo proceden para actividades industriales o económicas en régimen de libre mercado¹⁶⁹² y, en su caso, para la prestación de servicios públicos¹⁶⁹³, pero no

¹⁶⁸⁹ EMBID IRUJO, A., “Trece proposiciones...”, op.cit., pg. 36.

¹⁶⁹⁰ VILLAR ROJAS, F.J., “La huida al Derecho privado...”, op.cit., SALA ARQUER, J.M., “Huida al Derecho privado...”, op.cit., pg. 399 y ss., y TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 140.

¹⁶⁹¹ CUADRADO ROURA, J.R., y CARRILLO NEFF., M., *Expansión del Sector Público empresarial...*, op.cit., pg. 12.

¹⁶⁹² Ver MAURANDI GUILLÉN, N., “Los entes instrumentales como fenómeno de crisis del Derecho administrativo clásico. Alternativas de futuro para un presente confuso”, *Jueces para la Democracia*, 2011, PASCUAL GARCÍA, J., “La huida del Derecho Administrativo...”, op.cit., BARRIO ANDRÉS, M., “La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas”, *AA, Segunda quincena de 2011*, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Thomson Civitas, Navarra, 2006, pg. 403, 408 y 419, GÓMEZ-REINO, E., y DE ALBEL VIELA, F.A., “Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado”, *RGDA*, nº. 4, 2003, MONTOYA MARTÍN, E., “Reflexiones sobre el Sector Público...”, op.cit., pg. 89, MARTÍNEZ MARTÍ, G., “El régimen jurídico de

para la actividad materialmente administrativa.¹⁶⁹⁴ Esta conclusión viene refrendada no sólo por la reserva de funciones al personal funcionario (artículo 9 EBEP), sino por la existencia de una reserva de Derecho Administrativo implícitamente establecida por la propia Constitución Española.

2.4.- Imposibilidad de prescindir de las garantías del Derecho Administrativo y Presupuestario. Garantía institucional y reserva del Derecho Administrativo en la Constitución Española

En efecto, existen una serie de principios jurídicos esenciales propios del Estado de Derecho que no pueden ser eludidos por los Entes Instrumentales, tales como la interdicción de la arbitrariedad, el principio de legalidad y el respeto a los derechos fundamentales, lo cual ha sido reiterado unánimemente por la doctrina.¹⁶⁹⁵ Y el Derecho Privado no permite garantizar los principios públicos

contratación aplicable a las sociedades públicas y la huída del Derecho Administrativo”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº. 3, 2001, LAGUNA DE PAZ, J.C., “La renuncia...”, op.cit., y “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994, pg. 1229, FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Administraciones Instrumentales”, op.cit., pg. 356, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El régimen...”, op.cit., y “¿Sociedades públicas...”, op.cit., SALA ARQUER, J. M., “Huída al Derecho Privado...”, op.cit., y GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., “¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado?”, *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, nº. 1733, 1995.

Como ejemplo, puede indicarse que la Ley andaluza 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, indica que “las sociedades mercantiles del Sector Público andaluz tendrán por objeto la realización de actividades comerciales o de gestión de servicios en régimen de mercado, actuando bajo el principio de la libre competencia”.

¹⁶⁹³ La doctrina no es unánime sobre la utilización de Entidades Instrumentales con personalidad privada para gestionar servicios públicos. Así, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ entiende que no procede “, tanto si se trata de la gestión directa de servicios públicos económicos o de otra índole, si fueran posibles, como de la prestación de servicios no económicos (educativos, sanitarios, sociales, culturales...), no reservados jurídicamente a la exclusividad de la Administración pública y que, por tanto, se ofrecen en real o potencial concurrencia con los que puedan ofertar agentes privados en ejercicio de sus propios derechos y libertades, enteramente a su cargo y a su riesgo y ventura o incluso con financiación pública (como en el caso de la educación obligatoria)”. (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos”, *RGDA*, nº. 27, 2011).

¹⁶⁹⁴ RIVERA ORTEGA considera inadmisibles los Entes con personalidad privada cuando se trata de actuar con superioridad respecto de los particulares, concluyendo que “cuando un ente instrumental se haya plenamente controlado por la Administración y actúa en condiciones privilegiadas que no disfrutan los sujetos privados, su consideración como Administración pública es indefectible”. RIVERO ORTEGA, R., *Administraciones Públicas...*, op.cit., pgs. 25 y 151.

¹⁶⁹⁵ Como indica LEGUINA VILLA., “la eficacia que la Constitución propugna es siempre la que cabe alcanzar conforme a Derecho y en ningún caso sorteando o quebrantando el ordenamiento jurídico”. (LEGUINA VILLA, J., “Algunas ideas sobre la Constitución y la huída del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº. 19, 1995, pg. 12).

necesarios en la actuación administrativa, de modo que no asegure que la actuación de la Administración sólo persiga el interés general.¹⁶⁹⁶

Como indica TRONCOSO REIGADA, “al abandonar el Derecho administrativo y huir hacia el Derecho privado se predica eficacia, pero lo que se logra de hecho es una vulneración de los derechos fundamentales -especialmente del derecho a la igualdad- y la desprotección de los intereses públicos”.¹⁶⁹⁷

Debe destacarse que el primer artifice de la huida del Derecho Administrativo es el propio legislador, que prevé la creación de las Entidades Instrumentales con reducción de los controles administrativos y presupuestarios. Por ello, como indican GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ¹⁶⁹⁸, es preciso analizar si existen límites de rango constitucional a dicha huída. En este sentido, la atribución de actividades sustancialmente administrativas y no de mercado a un Ente sometido al Derecho Privado puede considerarse inconstitucional, porque se sustrae dicha actividad a los principios constitucionales de la actividad pública, que sólo quedan garantizados en las normas de Derecho Administrativo.

Como señala LAGUNA DE PAZ, la huída del Derecho Administrativo perjudica el proceso de constante sometimiento del Poder público al Derecho y a la Jurisdicción contencioso-administrativa, fenómeno de sometimiento analizado por el conocido trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAP*, nº. 38, 1962.

¹⁶⁹⁶ Ver en este sentido LAGUNA DE PAZ, J. C., “La renuncia...”, op.cit., MARTIN-RETORTILO BAQUER, S., “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo”, *RAAP*, nº. 140, y DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho...”, op.cit., pg. 60.

Algunos autores como BORRAJO INIESTA han destacado que el Derecho Privado también tiene normas que garantizan la correcta la administración de fondos ajenos, y que cabría la posibilidad de construir un Derecho Privado con matices específicos para las Administraciones Públicas, para asegurar el respeto a los principios constitucionales. (BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, nº. 78, 1993, pg. 233 y ss. Ver también MALARET GARCÍA, E., *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993). Pero, como afirma DEL SAZ CORDERO¹⁶⁹⁶, siguiendo a PARADA VÁZQUEZ, al final se trataría de construir “un Derecho administrativo reformado, sí, pero al fin y al cabo, un Derecho Público”. (DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho...”, op.cit., pg. 83).

¹⁶⁹⁷ TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pgs. 56 y 461.

Y el control económico-presupuestario de la gestión de los fondos públicos es esencial, si bien la realidad “nos pone de relieve la insuficiencia de los sistemas establecidos y la necesidad de completarlos. (...) De lo contrario se produce un efecto no querido: el único control real es el penal (...) Los resultados y los tiempos de respuesta penal no satisfacen las necesidades de lo público y se sitúan en un plano de controversia continua que finalmente no tiene un reflejo real en las condenas y los reproches penales”. (PALOMAR OLMEDA, A., “La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa? Un análisis de las formas de actuación administrativa”, en AA.VV., *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011, pg. 125).

¹⁶⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I., Thomson Civitas, Navarra, 2006, pg. 408.

Así, DEL SAZ justifica en la propia Constitución la existencia de una “reserva de Administración” o de Derecho Administrativo, por lo que el fenómeno de huida del Derecho Administrativo con el fin exclusivo de eludir los controles impuestos por dicha rama jurídica sería lisa y llanamente inconstitucional. Es decir, que la Constitución garantiza la existencia de la Administración Pública con unos rasgos esenciales, que son sometimiento al Derecho Administrativo, régimen de función pública y control por la jurisdicción contencioso-administrativa, según resulta de los artículos 9.3, 103, 106, 153.3, etc.¹⁶⁹⁹

Sobre esta base, DEL SAZ concluye que en la Constitución existe una “reserva de Derecho Administrativo, una garantía institucional, que impide a la Administración convertirse en una persona de Derecho Privado más, y gestionar bajo este régimen las funciones públicas”.¹⁷⁰⁰ En esta línea, también PARADA VÁZQUEZ entiende que el régimen de Derecho Administrativo goza de garantía institucional en virtud de lo dispuesto en la Constitución.¹⁷⁰¹

También VALCÁRCEL FERNÁNDEZ suscribe la opción por “una concepción primariamente funcional del Derecho administrativo, según la cual toda actividad materialmente administrativa se regiría por este ordenamiento con independencia del tipo de personificación jurídica en que pueda descentralizarla la Administración competente para atenderla”.¹⁷⁰² Por tanto, las actividades de mantenimiento del orden público, regulación, autorización, concesión de licencias, permisos, prohibiciones, expropiaciones y recaudación de impuestos, entre otras, están reservadas a la Administración Pública.¹⁷⁰³

Sobre esta base, concluye TRONCOSO REIGADA que cuando la Administración Pública lleva a cabo funciones que implican ejercicio de la soberanía o manifestación de autoridad, es decir, funciones típicamente administrativas, que son las de policía (regulación, supervisión y sanción) y las de

¹⁶⁹⁹ También de estos fundamentos constitucionales extrae MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ la existencia, en la propia Constitución, aunque sea tácitamente, de un principio general de sumisión de la actividad de la Administración al Derecho administrativo, y, por tanto, la prohibición al legislador para autorizar a las Administraciones Públicas utilizar sociedades mercantiles para actividades económicas no sometidas al mercado o a una situación de competencia real fáctica o jurídicamente, y especialmente para actividades que implican el ejercicio de potestades públicas. (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “¿Sociedades públicas...”, op.cit. pg. 137 y ss.). En el mismo sentido ver LAGUNA DE PAZ, J.C., “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *RAP*, nº. 136, 1995.

¹⁷⁰⁰ DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pg. 139 y ss.

¹⁷⁰¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo*, Volumen II, Marcial Pons, Madrid, 1997, pg. 242.

¹⁷⁰² VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., “Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas”, *RGDA*, nº. 12, 2006.

¹⁷⁰³ TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 137.

fomento, debe utilizar el Derecho público y articularse a través de Entes con personalidad pública.¹⁷⁰⁴

Lo expuesto nos lleva a postular la reserva de funciones típicamente administrativas a los Entes Público sometidos al Derecho Administrativo, la supresión de la categoría de los Entes públicos sometidos al Derecho Privado, y la admisibilidad de las sociedades mercantiles solamente para actividades económicas en régimen de libre mercado y, en su caso, para la prestación de servicios públicos.¹⁷⁰⁵ Y esto debería venir establecido expresamente por el legislador (con carácter básico), teniendo en cuenta los problemas de hondo calado que ha planteado la práctica.

Además, los conceptos de actividad materialmente administrativa o típicamente administrativa son conceptos jurídicos con indeterminación, resultando que un escollo importante es deslindar qué funciones o actividades han de calificarse como materialmente administrativas.¹⁷⁰⁶ En todo caso, existen numerosos supuestos que son claramente actividad administrativa, por lo que, al menos un listado no taxativo podría ser elaborado por el legislador si hubiera una voluntad política por poner coto al fenómeno de huída del Derecho Administrativo.

2.5.- La vuelta al Derecho Público

La propia doctrina viene aludiendo a un fenómeno de regreso al Derecho Administrativo, en el sentido de que el legislador va sometiendo a los Entes Instrumentales a controles administrativos y presupuestarios¹⁷⁰⁷, destacando lo

¹⁷⁰⁴ TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 137, y GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., “¿El giro o tráfico...”, op.cit.

¹⁷⁰⁵ TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 62 y ss. y 458 y ss.

En esta misma línea pueden citarse GARRIDO FALLA, F., “Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los Entes Instrumentales”, *REDA*, nº. 79, 1993, pg. 389 y ss., GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., “¿El giro o tráfico...”, op.cit., y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “El régimen...”, op.cit. Por su parte, DEL SAZ CORDERO señala, en relación con las Entidades Públicas sometidas a Derecho privado que habría que “excluir de este tipo aquellos supuestos cuyo único cometido consiste en ejercer funciones públicas o de autoridad”. (DEL SAZ CORDERO, S., “La huida del Derecho...”, op.cit. pg. 82).

Sin embargo, debe mencionarse la opinión de AMOEDO SOUTO quien entiende que TRAGSA podría convertirse en Entidad Pública Empresarial, la cual podría ejercer potestades administrativas. (AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op. cit., pg. 227).

¹⁷⁰⁶ ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo...*, op.cit., pg. 53 y ss.

¹⁷⁰⁷ GRANADO HIJELMO, I., “La Administración entre el Derecho Público y el Privado: doce grandes transformaciones que precisa nuestro sistema jurídico”, *RGDA*, nº. 17, 2008, AMEGUAL ANTICH, J., “El control...”, op.cit., RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., y VELASCO CABALLERO, F., *Derecho Administrativo, Parte General, Textos y Materiales*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pg. 255, y NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, op.cit., pg. 86.

dispuesto en la Ley de Contratos del Sector Público, la Ley General de Subvenciones, el EBEP¹⁷⁰⁸, y la Ley de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones Públicas y las empresas públicas y de transparencia financiera de determinadas empresas, si bien toda esta normativa resulta insuficiente aún.¹⁷⁰⁹

Por tanto, la situación normativa y práctica de los Entes Instrumentales no ha alcanzado un contexto de suficiente garantía de eliminación de irregularidades.

A la vista de todo lo expuesto, entendemos, en línea con MARTÍN RETORTILLO, que lo que procede es revisar la organización y los procedimientos del Derecho Administrativo, para mejorarlos y hacerlos operativos, en lugar de apostar directamente por los Entes (públicos o privados) regidos por el Derecho Privado.¹⁷¹⁰ En definitiva, se trata de mejorar los procesos administrativos introduciendo mayor agilidad y flexibilidad, pero sin eliminar el sistema de garantías del Derecho Público.¹⁷¹¹

En relación con la gestión de recursos humanos, se ha destacado que resulta inadmisibles que, entre el momento en que en una Administración Pública se detecta la necesidad de cubrir un puesto de trabajo y el momento en que éste se cubre efectivamente transcurren dos años como mínimo¹⁷¹². Sin embargo, esta lentitud debería considerarse como un hecho reversible, porque no es la norma jurídica la que impone dos años, sino la forma en que las Administraciones Públicas tramitan el procedimiento en la práctica. Asimismo, en los casos en que la lentitud provenga de la normativa, lo que procede es mejorar ésta simplificando los procedimientos, reduciendo los plazos y aprovechando los medios electrónicos.¹⁷¹³

¹⁷⁰⁸ El EBEP, como exponemos en esta tesis doctoral, constituye un adelanto, pero es totalmente insuficiente para garantizar los principios de igualdad, mérito y capacidad en los Entes instrumentales.

¹⁷⁰⁹ AMEGUAL ANTICH, J., "El control de los entes instrumentales", *Revista Auditoría Pública*, n.º 49, 2009.

¹⁷¹⁰ Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Las Empresas Públicas...", op.cit., NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, op.cit., pg. 82, PAREJO ALFONSO, L., "Dominio público portuario y ordenación territorial: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas", *RDU*, n.º. 135, 1993, pg. 947 y ss., MARTÍNEZ MARTÍ, G., "El régimen jurídico...", op.cit., PALOMAR OLMEDA, A., "Consideraciones...", op.cit., DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad...*, op.cit., pg. 132, VILLAR ROJAS, F.J., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993, pg. 364, y TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pg. 560.

¹⁷¹¹ PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2007, pg. 213.

¹⁷¹² BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 67.

¹⁷¹³ Así, BAUZÁ MARTORELL recuerda la necesidad de realizar una redistribución de efectivos en las Administraciones Públicas, para agilizar la tramitación de los procedimientos administrativos con coste cero, mediante la reasignación de efectivos a los ámbitos más necesitados de personal. El citado autor añade la conveniencia de potenciar el uso de los medios electrónicos, que posibilitaría la reducción de los plazos en las tramitaciones, si bien en este punto debe matizarse la imposición del uso de estas

2.6.- Los Organismos Reguladores

Los Organismos Reguladores, también denominados Administraciones independientes o Autoridades Administrativas Independientes, pueden definirse como aquellas organizaciones administrativas de carácter institucional no representativas que realizan funciones propias de la Administración activa pero que están configuradas de tal modo que el Gobierno carece sobre ellas de las típicas potestades de dirección que tiene sobre la Administración instrumental.¹⁷¹⁴ Con dichos Organismos Reguladores se pretende una gestión pública neutral libre de los intereses partidistas y políticos en juego en los distintos sectores de actividad objeto de control¹⁷¹⁵, para lo cual se ve reducida la relación de instrumentalidad de estos Organismos respecto de las Administraciones Territoriales,¹⁷¹⁶ o dicho de otra manera, estos Organismos funcionan en régimen de no dependencia respecto del aparato administrativo estatal.¹⁷¹⁷ Así pues, su característica esencial es la neutralidad, para la cual resulta necesaria la independencia.¹⁷¹⁸

La categoría de los Organismos Reguladores ha planteado dudas a cerca de qué Entidades pueden calificarse como tales, así como respecto de su propia constitucionalidad, aunque no es posible entrar a su análisis detallado en esta tesis doctoral.¹⁷¹⁹ Como Administraciones independientes suelen citarse el Consejo de

tecnologías a la ciudadanía, que a nivel legislativo aún no viene impuesta. (BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración...*, op.cit., pg. 197).

¹⁷¹⁴ MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000, pg. 33.

Por su parte, MOLINA GARCÍA, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA, define a las Autoridades Administrativas Independientes como las caracterizadas por la neutralidad respecto del poder político, o más particularmente respecto del Gobierno, mediante mecanismos tales como la reserva al Parlamento de la designación de los componentes de sus órganos rectores, o la designación por el Gobierno pero con la imposibilidad de revocar el nombramiento durante un periodo de tiempo, o la atribución de independencia funcional mediante la creación de una Entidad con una ley que la dota de su estatuto jurídico particular. (MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 128 y ss.).

¹⁷¹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, pg. 420.

¹⁷¹⁶ Ver en este sentido LÓPEZ RAMÓN, R., "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente", *RAP*, nº. 1226, 1991.

¹⁷¹⁷ GARCÍA LLOVET, E., "Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho", *RAP*, nº. 131, 1993.

¹⁷¹⁸ Ver BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pg. 25. Este autor considera inherente al concepto de Administración Independiente dos características: que exista la prohibición de que el Gobierno pueda impartir órdenes o instrucciones a los responsables de aquéllas, y que tampoco pueda remover discrecionalmente al personal directivo de aquéllas. (Misma obra, pg. 186).

¹⁷¹⁹ Respecto a las dudas sobre la constitucionalidad nos remitimos a lo expuesto por NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, op.cit., pg. 148 y ss., donde sintetiza las dos opiniones doctrinales al respecto. Por un lado, se ha defendido su

Seguridad Nuclear, el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Agencia de Protección de Datos y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. (De acuerdo con la Ley 3/2013, la constitución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales). Parte de la doctrina ha incluido también al Ente Público Radio Televisión Española.¹⁷²⁰

Entendemos que la problemática expuesta sobre la huida del Derecho Administrativo se produce también con los Organismos Reguladores o Administraciones Independientes (si bien en esta tesis doctoral procede realizar solamente una mención a esta cuestión). En este sentido, a juicio de PARADA VÁZQUEZ, lo que se esconde detrás de la opción por el personal laboral, en el caso de los Organismos Reguladores, es “una mayor rigidez, una mayor protección por la legislación laboral y, sobre todo, un trato de favor desvergonzado en materia de retribuciones y otras ventajas de las que no disfrutaban los empleados públicos en régimen funcional. La huída al Derecho Laboral tiene además de esta explicación la de facilitar el nepotismo en los nombramientos de los empleados públicos, la marginación de las oposiciones como sistema selectivo de mayor rigor”.¹⁷²¹

Y en el caso de los Organismos Reguladores también se produce la problemática del ejercicio de potestades administrativas por personal laboral. Pero con dos peculiaridades que empeoran la situación: que se trata de funciones

inconstitucionalidad porque supondría privar al Gobierno de los poderes que le atribuye el artículo 97 CE, que implica la designación y remoción libre de los responsables de los Organismos Reguladores. (En este sentido, ver PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 316, DEL SAZ CORDERO, S., “Desarrollo y crisis...”, op.cit., pg. 186, y GARCÍA LLOVERT, E., “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, nº. 131, 1993.

Por otro lado, se ha defendido la constitucionalidad de los Organismos Reguladores, con base en que el propio artículo 97 CE dispone que el Gobierno ejercerá la dirección de la Administración Pública de acuerdo con las leyes, las cuales, por tanto, pueden limitar ese poder de dirección. (En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, R., “El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente”, *RAP*, nº. 1226, 1991).

¹⁷²⁰ NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, op.cit., pg. 151, y PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pg. 294 y ss. Otros autores son más restrictivos y sólo califican como verdaderas Administraciones independientes al Consejo de Seguridad Nuclear, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Banco de España y la Agencia de Protección de Datos. (BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994, pg. 97).

¹⁷²¹ PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho del Empleo Público*, op.cit., pg. 87. En la misma línea, FUENTETAJA PASTOR, J.A., “De la Función Pública en tiempos de crisis...”, op.cit., pg. 78.

administrativas muy relevantes, pues se trata del control de sectores enteros (Mercado de Valores, Telecomunicaciones, Energía Nuclear, etc.)¹⁷²², y que la situación está legitimada por el propio legislador, porque los Organismos Reguladores están excluidos con carácter general de la aplicación del EBEP según dispone su Disposición Adicional 5ª. Así, como destaca RAMOS MORAGUES, la reserva de funciones al personal funcionario establecida en el artículo 9.2 EBEP no les resulta aplicable¹⁷²³

Por tanto, el EBEP deja fuera de la delimitación entre funcionarios-laborales al personal de los Organismos Reguladores, a los que la citada Disposición Adicional deja libertad en sus leyes singulares para establecer su propia delimitación, lo cual resulta disfuncional y poco garantista con la regla general de que el ejercicio de potestades administrativas ha de estar reservado al personal funcionario.

3.- LA NORMATIVA SOBRE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTAS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

3.1.- Introducción

Con carácter general, debe hacerse referencia a las previsiones contenidas en el Estatuto Básico del Empleado Público, referidas a la aplicación o no aplicación del mismo a las Entidades del Sector Público distintas de las Administraciones Territoriales.

En primer lugar, el artículo 2.1 del EBEP incluye en su ámbito de aplicación a *“los Organismos públicos, agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”*. A estas Entidades con personalidad jurídica pública el EBEP las considera Administración Pública, en consonancia con lo dispuesto en la Ley 30/1992.

En este grupo pueden considerarse incluidas las Entidades Públicas Empresariales, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, los Consorcios públicos y las mancomunidades de Municipios, entre otros Entes Públicos¹⁷²⁴. Indica CANTERO MARTÍNEZ que

¹⁷²² En esta línea, SÁNCHEZ MORÓN señala que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercitan claramente importantes potestades públicas.

¹⁷²³ RAMOS MORAGUES, F., “Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público”, *AL*, nº. 2, 2009.

¹⁷²⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 58.

una de las principales novedades del EBEP es su extensión al personal de la generalidad de personificaciones públicas que emplean las Administraciones territoriales, aunque se sometan al Derecho Privado.¹⁷²⁵

En segundo lugar, el artículo 4.h) EBEP dispone que *“las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal: (...) h) Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito”*.

Por su parte, la Disposición Adicional Primera del EBEP dispone, sobre su ámbito específico de aplicación, que *“los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las Entidades del Sector Público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”*. Se trata principalmente de las sociedades y fundaciones del Sector Público estatal.

Finalmente, la Disposición Adicional Quinta del EBEP dispone que *“lo establecido en el presente Estatuto se aplicará a los Organismos Reguladores de la disposición adicional décima, 1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en la forma prevista en sus leyes de creación”*.

Se analiza a continuación la normativa sobre selección de empleados públicos de las diversas Entidades que, formando parte del Sector Público, no son Administraciones Públicas territoriales. En general, puede anticiparse ya que la regulación es parca e insuficiente para salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad, pudiendo destacarse que, de facto, existen situaciones en las que ni siquiera se tramita un verdadero proceso selectivo.¹⁷²⁶

3.2.- Los Organismos Reguladores y otros Entes de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE

Como se ha indicado, los Organismos Reguladores, también denominados Administraciones independientes o Autoridades Administrativas Independientes,

¹⁷²⁵ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 59.

Y añade la citada autora que esta previsión legal tiene trascendentales repercusiones prácticas, especialmente en lo referente a la aplicación a estas Entidades de la reserva de funciones del artículo 9.2 EBEP al personal funcionario, lo cual, a juicio de esta autora, puede afectar sustancialmente a aquellos Organismos que, a pesar de tener encomendado el ejercicio de potestades públicas, se nutren de personal laboral.

¹⁷²⁶ Así, ROMÁN RIECHMANN, SÁNCHEZ MORÓN y VELÁZQUEZ LÓPEZ señalan que *“en algunas entidades del sector público, incluidas sociedades y fundaciones de reciente proliferación, ni siquiera existe para todos los empleos un verdadero procedimiento de selección, sino que se recluta al personal, o al menos a una parte de él, por designación directa de la autoridad o del gestor competente”*. (ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., “Líneas de Reforma...”, op.cit., pg. 491).

pueden definirse como aquellas organizaciones administrativas de carácter institucional no representativas que realizan funciones propias de la Administración activa pero que están configuradas de tal modo que el Gobierno carece sobre ellas de las típicas potestades de dirección que tiene sobre la Administración Instrumental.

La especial naturaleza de los Organismos Reguladores no les exime del deber de cumplir con los principios de igualdad, mérito y capacidad, que vienen establecidos por la Constitución para todos los empleos públicos (artículos 14 y 23.2 CE). Y, para el efectivo respeto a estos principios, es imprescindible que estos Organismos también apliquen los procedimientos de selección, normas sobre órganos de selección y demás garantías que se comentan en esta tesis doctoral, pues sólo con su cumplimiento queda asegurado el respeto a tales principios.

Sin embargo, respecto del acceso a los puestos de trabajo en estos Organismos, está reducida la vigencia de los principios constitucionales de acceso al empleo público, porque la normativa que regula los procesos de selección del personal laboral es menos garantista que la relativa al personal funcionario. Y es que, efectivamente, ni siquiera se aplica íntegramente el Estatuto Básico del Empleado Público a estos Organismos, pues el propio EBEP así lo prevé en su Disposición Adicional Quinta y en su artículo 4.h). De estos preceptos legales, como ahora se expone, se deriva que son las leyes reguladoras de cada Organismo Regulador las que deciden, para el caso particular, las reglas de selección del personal de estos Entes.

Pero, como indica MOLINA GARCÍA¹⁷²⁷, aunque el estatuto preferentemente funcionarial se ve sustituido por la preferencia por el personal laboral, mediante el mecanismo de atribución de un Estatuto jurídico particular al Ente, ello no elimina la obligación de aplicar los principios públicos típicos constitucionales del empleo público (mérito y capacidad) y el régimen de incompatibilidades.

El Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP propuso que el EBEP se aplicara a todos los empleados de todas las Administraciones Públicas, debiendo aplicarse a todos los Entes Públicos, salvo las excepciones por razones constitucionales (como aquellos funcionarios cuyo régimen debe establecerse por Ley orgánica o alguna ley especial) y por determinadas singularidades muy claras (como sucede con el personal del Centro Nacional de Inteligencia). Así, la regla general postulada era la aplicación del EBEP incluso a las Entidades con autonomía o independencia funcionales y a las fundaciones y sociedades mercantiles del Sector Público. De hecho, la Comisión criticó la tendencia al establecimiento de regímenes distintos de la Función Pública.

¹⁷²⁷ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 133.

En el ámbito de los Organismos Reguladores, el EBEP ha dispuesto lo siguiente:

- En primer lugar, el artículo 4.h), que dispone que el EBEP sólo se aplicará directamente al personal del Banco de España y de los Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito cuando así lo disponga su legislación específica.

- En segundo lugar, la Disposición Adicional Quinta, que dispone que lo establecido en el EBEP se aplicará a los Organismos Reguladores de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE en la forma prevista en sus Leyes de creación. Como ahora se verá, si bien es cierto que la mayoría de los Organismos Reguladores cuentan con alguna normativa específica sobre su personal laboral, lo cierto es que es muy escasa y no recoge las garantías a que en este trabajo me refiero.

Los Entes excluidos de la aplicación del EBEP por su Disposición Adicional 5ª son aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE. Ésta se refiere expresamente a “*determinados Organismos Públicos*” y establece que “*La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley*”.

Esta redacción procede de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que ha creado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, cuya constitución implicará la extinción de la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales. Estos Organismos Reguladores aparecían citados en la mencionada Disposición Adicional Décima de la LOFAGE.

La doctrina entiende que la Disposición Adicional 5ª EBEP plantea problemas interpretativos, debido a que no todos los Entes a que se refiere la Disposición Adicional 10ª LOFAGE son Organismos Reguladores. Así, SÁNCHEZ MORÓN¹⁷²⁸, considera que no son Organismos Reguladores las Universidades no transferidas, ni el Instituto Español de Comercio Exterior, ni el Consorcio de la Zona Especial Canaria, a los que, por tanto, sí sería aplicable enteramente el EBEP.

La cuestión no queda clara, ya que la Disposición Adicional 5ª EBEP, a pesar de utilizar la expresión “*Organismos Reguladores*”, se remite por completo y sin exclusiones a la citada Disposición Adicional 10ª LOFAGE, que incluye

¹⁷²⁸ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 35.

expresamente a todos estos Organismos, aunque no sean Reguladores. A este respecto, CANTERO MARTÍNEZ¹⁷²⁹ considera que, atendido el espíritu del EBEP y su vocación general, sólo deben entenderse afectados por la Disposición Adicional 5ª EBEP los Organismos verdaderamente Reguladores, y, por tanto, considera incluidos en el ámbito de aplicación del EBEP a la Agencia Española de Protección de Datos, al Instituto Español de Comercio Exterior, al Consorcio de la Zona Especial Canaria y a la Corporación de RTVE, pues en estos Organismos aprecia la existencia de un importante grado de dependencia de la Administración Estatal que determina que no sean Administraciones Independientes.

Por tanto, debería ser subsanado el tenor literal de dicha Disposición Adicional 5ª EBEP, en el sentido de que aclare si se refiere a todos los Organismos mencionados en la Disposición Adicional 10ª LOFAGE, o solamente a los Organismos Reguladores.

En todo caso, respecto de los Organismos Reguladores, debe destacarse que la Ley 3/2013, de 4 de junio, ha creado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo público de los previstos en la Disposición adicional décima de la LOFAGE. Tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios. Su constitución producirá la extinción de los Organismos Reguladores ya citados (Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales).

El artículo 31 de dicha Ley 3/2013, dispone lo siguiente sobre el régimen jurídico de su personal:

1. El personal que preste servicios en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia será funcionario o laboral, en los términos establecidos en la Administración General del Estado, de acuerdo con lo que se disponga reglamentariamente y de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4 de este artículo.

2. El personal funcionario se regirá por las normas reguladoras de la función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. (...)

3. El personal laboral se regirá por el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, la normativa convencional aplicable, y por los preceptos de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que expresamente le resulten de aplicación.

¹⁷²⁹ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 77.

La selección del personal laboral se llevará a cabo, en ejecución de la oferta de empleo público de la Administración General del Estado, mediante convocatoria pública, con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad.

4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará con una relación de puestos de trabajo que deberá ser aprobada por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, en la que constarán, en todo caso, aquellos puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos, por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas.

Como puede observarse, en cuanto a la selección del personal funcionario, se produce una remisión a la normativa de la Administración General del Estado, por lo que, en principio, no se empeora lo dispuesto en la misma. En cuanto al personal laboral, solamente se indican los consabidos principios que rigen en la materia, sin concreción ninguna, por lo que habrá que esperar al desarrollo reglamentario, sin que, por tanto, a nivel de ley, existan las necesarias garantías que se postulan en esta tesis doctoral.

Debe indicarse, además, que la Disposición adicional sexta de la citada Ley 3/2013, regula la integración del personal de los Organismos Reguladores extinguidos en la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, disponiendo que el personal funcionario que prestaba servicios en aquéllos, podrá integrarse en ésta. En cuanto al personal laboral de aquéllos, dispone que se integrará en la nueva Comisión en los términos previstos en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, añadiendo la Disposición transitoria sexta que, con carácter excepcional, el personal laboral fijo de los Organismos Reguladores extintos que viniese ocupando puestos con funciones que, de acuerdo con lo establecido en la Ley 3/2013, deban ser desempeñadas por personal funcionario, podrá seguir ocupando dichos puestos. Por tanto, resulta relevante hacer una referencia a la legislación que rigió la selección de este personal en los mencionados Organismos extinguidos:

- Comisión Nacional de Energía

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, en su Disposición Adicional Undécima, creó la Comisión Nacional de Energía como organismo público regulador del funcionamiento del sector de la energía, sin disponer nada expresamente sobre la selección de su personal. Por su parte, el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprobó su Reglamento, dispuso en su artículo 42 que su personal “*estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas de derecho laboral*”, y en su apartado 2, redactado por el Real Decreto 1204/2006, estableció que “*la selección del citado personal, con excepción del Secretario y del personal de carácter directivo, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con procedimientos basados en los principios*

de igualdad, mérito y capacidad. A estos efectos, el Reglamento de régimen interior de la Comisión precisará los puestos de trabajo cuyos titulares tendrán la consideración de personal directivo. En todo caso, tendrán dicha consideración los Directores y el personal que, con nivel inmediatamente inferior al de Director, dependa directamente de éstos o del Secretario del Consejo de Administración”.

La normativa expuesta no añade mecanismos concretos, sino sólo la remisión a los principios de igualdad, mérito y capacidad y convocatoria pública, lo cual conduce a la relajación de los procedimientos de selección. Como ejemplo puede citarse la Convocatoria pública de empleo de 7 de febrero de 2010, de pruebas selectivas para cubrir 1 plaza de administrativo grado IV. De las bases reguladoras de dicho proceso selectivo cabe destacar que la publicidad de la convocatoria no tuvo lugar en ningún Boletín Oficial, sino solamente en la Web de la Administración General del Estado (060.es), en la Web y en el tablón de anuncios de la CNE, y en un diario de ámbito nacional. En cuanto al órgano de selección, es designado discrecionalmente, no indicándose el cargo que ocupa cada vocal, sino solamente su identidad. En cuanto al sistema de selección, incluye una entrevista que alcanza el 20% de la puntuación total, así como un ejercicio escrito eliminatorio, del que sólo indican las bases que “consistirá en la resolución de un caso práctico de una hora”. Atendida la enorme flexibilidad del proceso selectivo (por no decir vaguedad en los criterios de selección), es necesario asegurar más la imparcialidad del órgano de selección, en los aspectos que se concluyen en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral.

Tras la entrada en vigor del EBEP, la Dirección General de Función Pública en el ámbito de la Administración General del Estado resolvió una consulta sobre la prevalencia de las normas del EBEP sobre las previsiones en materia de personal contenidas en las normas especiales reguladoras de la Comisión Nacional de Energía. Partiendo de que el personal de este organismo regulador es laboral, concluye que “ha de afirmarse la primacía o prevalencia del Estatuto Básico sobre las previsiones que, en materia de personal, contienen las normas especiales”, y que “atendiendo a la naturaleza jurídica del Estatuto Básico del Empleado Público como norma general que no sólo regula el estatuto de los funcionarios públicos, sino asimismo las peculiaridades de la relación laboral de empleo público, cabe concluir que las normas que el mismo declara aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, han de entenderse referidas, asimismo, al personal al servicio de los Organismos Reguladores contemplados en la Disposición adicional quinta de la citada norma”.

Ahora bien, esto lo concluye después de indicar que “en el supuesto de la CNE, el Estatuto Básico contempla una remisión a su ley de creación para determinar la forma de aplicación, sin que en la misma se establezcan previsiones específicas al respecto más allá de una remisión a la legislación laboral de la que el Estatuto Básico forma parte, en tanto desarrolla la relación laboral de empleo público”. Por tanto, la conclusión de prevalencia del EBEP sobre normas especiales del Organismo Regulador, contenidas en su Convenio Colectivo, se

basa en que la ley de creación de dicho Organismo no establece previsiones específicas.

- Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, disponía solamente que *“la organización del personal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sus funciones, procesos de selección y nombramiento y garantías para su actuación se regularán conforme a lo previsto en los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”*. En particular, el artículo 18.3 de la Ley 2/2011 (también derogado por la Ley 3/2013), disponía que *“la selección del personal no directivo se realizará mediante convocatoria pública y con procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”*. Dicho artículo 55 del EBEP establece los principios rectores del acceso al empleo público, pero no los mecanismos concretos para lograr la efectividad de los mismos. Y, en este sentido, debe destacarse que no parece haber justificación para que el citado artículo 18 no declarase aplicable el artículo 60 EBEP (sobre órganos de selección) ni el artículo 61 EBEP (sobre sistemas selectivos), que establecen, aunque sea de manera insuficiente, garantías esenciales.

Por su parte, el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, establecía, en su artículo 44 que el personal será laboral y que *“la selección del citado personal, con excepción del Secretario y del personal de carácter directivo, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. A estos efectos, el Reglamento de régimen interior de la Comisión precisará los puestos de trabajo cuyos titulares tendrán la consideración de personal directivo”*. Por tanto, no añade mecanismos concretos, sino sólo la remisión a los principios de igualdad, mérito y capacidad, y convocatoria pública.

Como ejemplo puede citarse la Convocatoria del proceso para cubrir 1 puesto de Técnico 3ª, (OEP 2009 II), donde se prevé la realización de un test de 25 preguntas, el desarrollo escrito de dos preguntas abiertas de exposición escrita sobre el temario básico orientativo, la resolución de un caso práctico leído ante el Tribunal, y una entrevista personal. En cuanto al órgano de selección, es designado discrecionalmente, no indicándose el cargo que ocupa cada vocal, sino solamente su identidad. Atendida la enorme flexibilidad del proceso selectivo (por no decir vaguedad en los criterios de selección), es necesario asegurar más la imparcialidad del órgano de selección, en los aspectos que se concluyen en el Capítulo 4 de esta tesis doctoral.

- Comisión Nacional del Sector Postal

La Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, en cuanto al personal seleccionado por la propia Comisión, dispone que será laboral, salvo en el caso de los puestos reservados al personal

funcionario. Y señala que *“la selección del personal laboral se llevará a cabo mediante convocatoria pública, con sujeción a los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como de acceso al empleo público de las personas con discapacidad”*.

Por su parte, el Real Decreto 1920/2009, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo general de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, de creación de la Comisión Nacional del Sector Postal, señala que *“la selección de personal laboral se llevará a cabo mediante procedimientos en los que se garanticen los principios rectores contenidos en el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos”*. También dispone que *“la Comisión Nacional del Sector Postal contará con una relación de puestos de trabajo, que será pública”*, así como que anualmente se efectuará la propuesta de Oferta de empleo público. En general, esta regulación no añade mecanismos concretos, sino sólo la remisión a los principios del artículo 55 EBEP.

- Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria

El Real Decreto-ley 11/2011, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria, se regula su composición y funciones, y se modifica el régimen jurídico del personal laboral de AENA, nada añade a lo dispuesto en los derogados artículos de la Ley 2/2011.

- Comisión Nacional de la Competencia

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, estableció en su artículo 21 que su personal será funcionario o laboral en los términos establecidos para la Administración General de Estado, de acuerdo con su Estatuto, especificando que *“la tramitación de las correspondientes convocatorias de selección y provisión de puestos de trabajo se realizará por la Comisión Nacional de la Competencia en los mismos términos establecidos para la Administración General del Estado”*. En este caso, las garantías parecen mayores en virtud de la remisión a la legislación de la Administración General del Estado.

Como conclusión puede señalarse que, en general, salvo algún caso excepcional, la normativa aplicable a cada Organismo Regulador extinto (sustituído por la nueva Comisión de los Mercados y la Competencia) se limita a establecer la vigencia de los principios generales que rigen el acceso al empleo público, pero sin especificar los procedimientos concretos de selección y sin reunir las garantías imprescindibles que deberían implantarse, según las conclusiones alcanzadas en esta tesis doctoral (Capítulos 2, 3, 4 y 6).

En cuanto al resto de Entidades a que se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, la situación normativa es similar, pudiendo hacerse referencia, a modo de ejemplo, a las siguientes Entidades:

- Comisión Nacional del Mercado de Valores

La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores dispone que el personal que preste servicio en la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) estará vinculado a la misma por una relación sujeta a las normas del Derecho Laboral, y que la selección de este personal, con excepción de aquel que tenga carácter directivo, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con sistemas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Según el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, la selección de su personal, salvo del directivo, se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 61 EBEP. Así mismo, el artículo 45 de dicho Reglamento señala lo siguiente:

“1. Las convocatorias y los procesos selectivos se regularán por lo establecido en el Procedimiento Interno de Selección y Contratación de Personal de la CNMV, que se adecuarán a las necesidades de la organización y a la Ley 7/2007, de 12 de abril. La selección de personal se realizará mediante alguno de los sistemas de selección vigentes en la normativa aplicable y en los términos que disponga su convocatoria.

2. Las pruebas de los procesos selectivos que se lleven a cabo se realizarán conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 61.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. En todo caso se especificará en la convocatoria aquellas pruebas que tienen carácter selectivo.

3. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse en la forma que señala el artículo 61.5 de la Ley 7/2007, de 12 de abril. Las pruebas selectivas para personal técnico deberán incluir en todo caso, una entrevista a los candidatos que hayan superado las pruebas procedentes, para la comprobación de su adecuación al puesto de trabajo.

4. Para la valoración de méritos, la convocatoria podrá establecer entrevistas y pruebas para la comprobación y cuantificación de los méritos aducidos”.

También su artículo 46, en relación con los órganos de selección, señala que *“los órganos de selección se constituirán para cada convocatoria. (...) La totalidad de los miembros deberá poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en la plaza de que se trate. La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá acordar con los representantes de los empleados, la forma de colaboración en el desarrollo de los procesos selectivos”.*

Y el artículo 47 señala que *“mediante los procedimientos que garanticen una difusión general, se anunciarán, al menos, el número de plazas convocadas y el lugar en el que figuren expuestas las bases de la convocatoria. (...) La sede*

electrónica de la CNMV dispondrá de una sección que contendrá la información relativa a los procesos de selección en curso”.

Cabe concluir, pues, que la normativa de este Organismo es más completa, si bien no asume todas las garantías que se consideran imprescindibles en esta tesis doctoral (Capítulos 2, 3 ,4 y 6).

- Consejo de Seguridad Nuclear

La Ley 15/1980, de 22 de abril , de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, dispone en su artículo 8 que *“el personal técnico del Consejo de Seguridad Nuclear estará constituido por funcionarios del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica. El régimen de ingreso, provisión de puestos, situaciones administrativas, promoción profesional, movilidad y demás derechos y deberes de los funcionarios de este Cuerpo especial, será el mismo que el de los funcionarios de la Administración General del Estado, teniendo en cuenta el ámbito funcional propio de dicho cuerpo”.* Y el artículo 55 del Estatuto del Consejo de Seguridad Nuclear (aprobado por el Real Decreto 1440/2010) dispone que *“el régimen de ingreso de los funcionarios del Cuerpo de Seguridad Nuclear y Protección Radiológica, será el mismo que el de los funcionarios de la Administración General del Estado”*, añadiendo el artículo 57 que su selección se realizará mediante concurso-oposición, que se regirá por las bases de la convocatoria que apruebe el Pleno.

En cuanto se refiere al personal laboral, el citado Estatuto del Consejo de Seguridad Nuclear dispone en su artículo 48 que *“el personal al servicio del Consejo de Seguridad Nuclear estará constituido por: a) El personal funcionario, b) El personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, c) El personal eventual”.* Y, según su artículo 49, *“la selección de personal laboral se llevará a cabo mediante procedimientos en los que se garanticen los principios rectores contenidos en el artículo 55 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Los sistemas selectivos de personal laboral fijo serán los de oposición, concurso-oposición, o concurso de valoración de méritos”.* Asimismo, el artículo 51 dispone que *“el Consejo de Seguridad Nuclear contará con una relación de puestos de trabajo de personal funcionario, y otra relación de puestos de trabajo del personal laboral”.* La citada normativa sobre selección de personal laboral, por tanto, efectúa una remisión al EBEP, pero de carácter parcial, a nivel de principios, y no añade mecanismos y procedimientos concretos de garantía.

- Corporación Radiotelevisión Española

Respecto a la Corporación RTVE, la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE dispone que se regirá por su legislación específica y supletoriamente por dicha Ley. También la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE dispone que *“la Corporación de Radio y Televisión Española, como sociedad anónima estatal dotada de especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirá en primer lugar por su Ley reguladora y sus estatutos sociales; en segundo lugar por su legislación sectorial y por las normas reguladoras de las*

sociedades mercantiles estatales en lo que le sean de aplicación, y, en defecto de la anterior normativa, por el ordenamiento privado”.

Por su parte, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, dispone que la Corporación de Radio y Televisión Española es una sociedad mercantil estatal con especial autonomía, dotada de personalidad jurídica y plena capacidad, añadiendo que *“la Corporación RTVE se regirá en primer lugar por la presente Ley y sus estatutos sociales; en segundo lugar por la legislación audiovisual y por las normas reguladoras de las sociedades mercantiles estatales en lo que le sea de aplicación, y, en defecto de la anterior normativa, por la legislación mercantil”.*

En el XVI Convenio Colectivo aplicable al personal de RTVE se indica que debido a la necesidad de optimizar el rendimiento de la propia plantilla del Grupo RTVE, cuando en la resolución que aprueba la cobertura de puestos vacantes o de nueva creación con personal fijo se establezca como modo de provisión el señalado en este Convenio, la provisión de plazas se ajustará al siguiente orden: a) fase de promoción, b) fase de traslado, c) reingreso de excedentes voluntarios, d) concurso-oposición restringido, e) concurso-oposición libre, f) contratación directa.

Como garantías, se establece que el tribunal de selección publicará el baremo antes de las pruebas, las pruebas teórico-prácticas pueden tener carácter eliminatorio si así lo determina la convocatoria, y los examinados pueden solicitar información sobre la calificación de su examen a los miembros del Tribunal designados por los Representantes unitarios de los trabajadores, y también puede pedir cotejo comparativo de exámenes en presencia del interesado.

Para la selección de personal no fijo existe un Banco de datos de selección y contratación para la selección de trabajadores en el Grupo RTVE, regulado por el Convenio Colectivo. Se indica que con antelación al inicio de las prácticas no remuneradas se enviará al Comité General Intercentros de RTVE y Comités de empresa correspondientes la relación de alumnos indicando el Convenio de Formación del que provienen. Para acceder al Banco de Datos es preciso, o bien haber superado alguna prueba específica en la que participarán los Representantes sindicales, o bien haber superado la puntuación establecida para acceder a dicho Banco en exámenes de Concurso-oposición libre para personal laboral fijo, o bien haber sido becario mediante convenios con centros con titulación oficial, o formar parte y aprobar una de las promociones académicas impartidas en el IORTVE.

Finalmente, se establece que anualmente RTVE publicará la convocatoria de puestos vacantes, diferenciando entre plazas a cubrir por Promoción para personal interno de la Corporación, que serán en principio todas las plazas convocadas, y plazas a cubrir por Concurso-oposición libre o restringido, que serán aquellas en que así se decida por su especialidad. El concurso-oposición restringido es también limitado al personal laboral de RTVE. En cuanto al

concurso-oposición libre se atribuye al personal fijo de RTVE una prima del 15 % de su propia puntuación, incrementable un 5% más en algunos casos.

A la vista de la actual regulación contenida en el EBEP, buena parte de estas previsiones del citado Convenio Colectivo son ilegales, especialmente los concursos restringidos y la intervención de los representantes de los trabajadores en los órganos de selección.

Finalmente, puede indicarse que el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, incluye entre los Organismos de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Sin perjuicio de que dicho texto está pendiente de su tramitación en el Senado, puede indicarse que sigue, en cuanto al personal y su selección, una línea similar a la Ley 3/2013 respecto de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Así, dispone que *“con carácter general, los puestos de trabajo del Consejo de Transparencia y Bueno Gobierno serán desempeñados por funcionarios públicos de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y las normas de función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado. El personal laboral podrá desempeñar puestos de trabajo que se ajusten a la normativa de función pública de la Administración General del Estado”*. Y añade que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se regirá por *“la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y las demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, en materia de medios personales”*.

En virtud de lo expuesto sobre la legislación reguladora de los Organismos Reguladores y otros Entes citados en la Disposición Adicional 10ª LOFAGE, podemos concluir que la legislación vigente no asegura plenamente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso de su personal. En efecto, lo dispuesto en el artículo 4.h) EBEP, en la Disposición Adicional Quinta EBEP y en el artículo 18.3 de la Ley 2/2011, determina que sea la normativa reguladora de cada Organismo Regulador la que regule los procedimientos de selección de su personal. Y dicha normativa específica, en la mayoría de los casos, es muy parca en cuanto a este aspecto, o se limita a efectuar una remisión a los principios sobre acceso al empleo público contenidos en el artículo 55 EBEP.

La situación es, pues, totalmente insuficiente, pues se trata también de empleo público¹⁷³⁰, y la flexibilidad con que se desarrollan estos procesos selectivos hace necesaria la extensión a ellos de las garantías analizadas en la

¹⁷³⁰ Aunque no se trate de empleados públicos en el sentido del EBEP (empleados de una Administración Pública).

presente tesis doctoral (Capítulos 2,3,4 y 6), especialmente lo referente a la imparcialidad del órgano de selección.

3.3.- Los Organismos Públicos

La LOFAGE reguló la figura de los Organismos Públicos, definidos en su artículo 41 como los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional. Se trata, por tanto, de Entes con personalidad jurídico-pública. La regulación contenida en la LOFAGE no tiene el carácter de legislación básica, sino que las Comunidades Autónomas son libres de regular su propia organización administrativa, si bien, en general, reproducen el esquema estatal. Respecto de los Entes Locales, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con ocasión de la regulación de la gestión de los servicios públicos mediante gestión directa, reproduce la estructura de Organismos Públicos establecida en la LOFAGE, refiriéndose en su artículo 85 a los Organismos Autónomos locales, Entidades Públicas Empresariales locales y sociedades mercantiles locales.

Como se ha expuesto, inicialmente los Organismos Públicos se dividían en Organismos Autónomos y Entidades Públicas Empresariales y, posteriormente, mediante la Ley 38/2006, se añadieron las Agencias estatales, que, desde la entrada en vigor de dicha Ley, son el tipo de Organismo Público que, con carácter general, se crea por la Administración General del Estado para dar respuesta a sus necesidades de descentralización funcional. Recordaremos a continuación lo dispuesto por la LOFAGE en cuanto al personal de los distintos Organismos Públicos.

3.3.1.- Los Organismos Autónomos

Respecto de los Organismos Autónomos, la LOFAGE dispone que se rigen íntegramente por el Derecho administrativo y se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos.

Su personal puede ser funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado. Aunque la propia LOFAGE dispone que la ley de creación de cada Organismo Autónomo podrá

establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de su personal en las materias de Oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal. La posibilidad de que la ley creadora de cada Organismo Autónomo pueda establecer peculiaridades en la Oferta de empleo y los sistemas de selección conlleva una negativa fragmentación de los procesos selectivos, siendo el propio Organismo el que diseña los procesos selectivos, lo cual, actualmente, aumenta el riesgo de diseñar “trajes a medida” de candidatos ilegítimamente favorecidos. En este aspecto de fragmentación nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral.

3.3.2.- Las Entidades Públicas Empresariales

Según la LOFAGE, a las Entidades Públicas Empresariales se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación. A diferencia de los Organismos Autónomos, éstas se rigen por el Derecho Privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la LOFAGE, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria.

También dispone la LOFAGE que el personal de las Entidades Públicas Empresariales se rige en general por el Derecho Laboral¹⁷³¹, estableciendo expresamente la necesidad de seleccionar a dicho personal laboral (excepto el directivo) mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, eso es lo único que dispone, es decir, la aplicación de dichos principios generales, lo cual resulta totalmente insuficiente.

Refiriéndose a las Entidades Públicas Empresariales dependientes de la Administración General del Estado en el año 2007, indica CANTERO MARTÍNEZ¹⁷³² que, de los 56.229 empleados en estas Entidades, solamente 443 son funcionarios, lo cual muestra cómo estas Entidades han optado por contratar personal laboral, con el objetivo real, entre otros, de eludir la aplicación de las normas sobre acceso al empleo público funcional. Según esta autora, a pesar de ello, la LOFAGE ha impuesto limitaciones en su artículo 55, al imponer que el

¹⁷³¹ Aunque añade que la Ley de creación de cada entidad pública empresarial deberá determinar las condiciones conforme a las cuales los funcionarios de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, podrán cubrir destinos en la referida entidad.

¹⁷³² CANTERO MARTÍNEZ, J., “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, pg. 60.

acceso se realice mediante convocatoria pública y con aplicación de los principios de mérito y capacidad.

Sin embargo, como se indica en esta tesis doctoral, no resulta suficiente con que la norma enumere principios, porque se trata de conceptos jurídicos indeterminados que pueden verse vulnerados de manera disimulada mediante procedimientos que, bajo una apariencia de legalidad, encubren favoritismos mediante el uso de mecanismos de selección que permiten un alto grado de subjetivismo (como ha demostrado el uso reiterado de la entrevista, o la valoración del currículum vitae sin el previo establecimiento de un baremo concreto de méritos). Por tanto, si bien es cierto que la LOFAGE impone la aplicación de los principios de mérito y capacidad y de publicidad y concurrencia, no es suficiente con esta simple previsión general.

Con anterioridad a la promulgación del EBEP, la regulación del personal laboral de estas Entidades había sido criticada por la doctrina, ya que, aunque se prevé el sometimiento de su selección a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, la ley no impone un procedimiento reglado para realizar esta selección, sin precisar ante qué jurisdicción residenciar las impugnaciones.¹⁷³³

En esta línea, DEL SAZ CORDERO¹⁷³⁴ indica que, aunque la LOFAGE establece expresamente para las Entidades Públicas Empresariales la aplicación de los principios de mérito y capacidad, lo cierto es que “es cuestionable que esta exigencia tenga más valor que una declaración de intenciones (...) puesto que poco puede hacerse para controlar judicialmente el fair play en la selección de personal de estos Organismos. La amplia libertad de que disfrutaban este tipo de Entidades, no sólo para fijar los procedimientos de selección sino también a la hora de excluirlos o dispensarlos para un contrato en concreto o para todo un tipo de contratos como es el caso del personal directivo y altos cargos”. Así lo expuso el Tribunal de Cuentas en el Informe de fiscalización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en los ejercicios 1991 y 1992, donde le reprocha la frecuente omisión de convocatoria pública y el incumplimiento de muchos de los requisitos fijados en el procedimiento de selección, así como recomienda la ampliación del número de personas que realizan la selección para conseguir una mayor objetividad.

Un buen ejemplo de lo expuesto es el Real Decreto 218/2013, de 22 de marzo, por el que se aprueba la Oferta de empleo público para el año 2013, que dispone, respecto de las Entidades Públicas Empresariales y Entes Públicos dependientes de la Administración General del Estado, que el anuncio de los

¹⁷³³ Parte de la doctrina entiende que estas impugnaciones sobre selección de personal corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa, por tratarse una potestad administrativa. Ver al respecto MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “La delimitación subjetiva de la figura empresarial (ex artículo 1.1.ET): concepto de Administración Pública”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001, pg. 691.

¹⁷³⁴ DEL SAZ CORDERO, S., “La laboralización de la Función pública...”, op.cit., pg. 162.

procedimientos “se publicará, al menos, en un periódico de ámbito nacional e incluirá, como mínimo, el número de plazas y la categoría objeto de la convocatoria, así como el lugar o lugares en que se encuentren expuestas las bases completas”. Evidentemente, el principio de publicidad no queda satisfecho si los ciudadanos tienen que leer todos los días todos los periódicos de ámbito nacional. No obstante, esta defectuosa previsión se compensa con que dicho Real Decreto obliga a remitir las bases, así como todas las informaciones que afecten a la convocatoria y al desarrollo de todo el proceso selectivo, al buzón empleopublico@correo.gob.es. Pero, a diferencia de lo dispuesto en dicho Real Decreto para personal funcionario y laboral de la Administración General del Estado, no se dispone expresamente la obligación de publicar esa información en el portal 060.es.

La falta de regulación concreta en la LOFAGE de la selección del personal de las Entidades Públicas Empresariales fue duramente criticada por BACIGALUPO SAGGESE, que destacó que el derecho fundamental de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, para su operatividad, requiere de un desarrollo legal, por lo que la LOFAGE, al no regular expresamente los procedimientos de ingreso del personal de dichas Entidades había incurrido en inconstitucionalidad por omisión.¹⁷³⁵

La situación de la normativa aplicable a la selección del personal de las Entidades Públicas Empresariales ha mejorado con la promulgación del EBEP. En efecto, el artículo 2.1 del EBEP incluye en su ámbito de aplicación a “los Organismos públicos, agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”, incluyéndose aquí, como indica SÁNCHEZ MORÓN, las Entidades Públicas Empresariales¹⁷³⁶. El EBEP, por tanto, les resulta plenamente aplicable, lo cual supone un adelanto en la garantía de los principios de mérito y capacidad. Sin embargo, como se ha expuesto en la presente tesis doctoral, las previsiones del EBEP son insuficientes para asegurar la vigencia de los principios constitucionales de acceso al empleo público (a pesar de que la promulgación del EBEP haya sido un adelanto).

De hecho, la doctrina venía exigiendo una normativa más detallada sobre selección del personal de las Entidades Públicas Empresariales. Así, FERNÁNDEZ FARRERES ya señalaba antes de la promulgación del EBEP que “sería importante que la Ley, sin perjuicio de dar entrada a las especialidades que estimara necesarias, fijase directamente los procedimientos selectivos para hacer efectivo el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad, de acuerdo con el

¹⁷³⁵ BACIGALUPO SAGGESE, M., “La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE”, en AA.VV., *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Coord. PARADA VÁZQUEZ, R., y JIMÉNEZ BLANCO, A., Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1999, pg. 101 y ss.

¹⁷³⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 58.

mérito y la capacidad, sin remitir en blanco, como sucede en la actualidad, a lo que, en cada caso, dispongan los estatutos de cada entidad”.¹⁷³⁷

En definitiva, en cuanto se refiere al acceso a los puestos de trabajo (que son de régimen laboral) de las Entidades Públicas Empresariales, la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad impone que dicho acceso debe regirse por las mismas normas que las que regulan el acceso del personal laboral de las Administraciones Públicas. En consecuencia, son aplicables aquí las conclusiones alcanzadas en el Capítulo 5 de la presente tesis doctoral sobre acceso a los empleos laborales de las Administraciones Públicas. Además, también les resultan aplicables las conclusiones sobre eliminación del fraccionamiento de procesos selectivos alcanzadas en el Capítulo 3.

3.3.3.- Las Agencias Estatales

La Ley 28/2006, de 18 de julio, regula las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, indicando en su Exposición de Motivos que la introducción de esta figura tiene por objeto eliminar “las rigideces que presentan los actuales modelos de gestión y la escasa autonomía con que cuentan los Organismos públicos, sobre todo en su configuración de Organismos autónomos”, recordando que “en los últimos años, se han buscado soluciones estructurales para intentar solventar problemas de gestión, fundamentalmente de naturaleza presupuestaria, económico-financiera y de gestión de personal, dando lugar, en muchos casos, a respuestas organizativas forzadas desde la perspectiva de los objetivos y funciones del Organismo de que se trate, pero que llevan aparejado el establecimiento de un régimen de funcionamiento más flexible y superador de las rigideces que el régimen general presenta respecto de las materias indicadas. Ello ha dado lugar a una proliferación de Entes que presentan un régimen jurídico singular, básicamente del Derecho Privado y al margen de las configuraciones generales de los Organismos públicos”.

Las medidas de flexibilización pasan por “el mantenimiento del modelo general de función pública -evitándose así las transformaciones forzadas al régimen de personal laboral que han sido frecuentes en recientes procesos de configuración de Organismos Públicos- pero con mayores niveles de autonomía en la ordenación y provisión de los puestos de trabajo, la vinculación de la parte variable de las retribuciones a la productividad y cumplimiento de objetivos y, por último, la inclusión de la categoría de personal directivo de las Agencias Estatales que se proveerá, mediante procesos internos de selección”. En cuanto a los procedimientos de selección, indica la Exposición de Motivos que se garantiza “su transparencia y la aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad”.

¹⁷³⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Administraciones Instrumentales”, op.cit., pg. 353.

Las Agencias Estatales son Entidades de Derecho Público dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultadas para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias. Están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta Ley. Dado que la mayoría de las Agencias nacen por transformación de Organismos Públicos, el personal mantiene sus derechos, por lo que existe personal funcional y personal laboral.

En cuanto a la selección de nuevo personal, incluso laboral, la Ley 28/2006 (artículo 19) dispone expresamente que se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. El EBEP, en virtud de su artículo 2, resulta aplicable a las Agencias, pero sus disposiciones son insuficientes y demasiado generalistas, como se expone a lo largo de esta tesis doctoral. Además, la Ley 28/2006 aclara expresamente que las Agencias Estatales seleccionan a su personal laboral a través de sus propios órganos de selección. Se incurre entonces en el excesivo fraccionamiento, cuya eliminación se postula en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral.

En cambio, las convocatorias de selección de personal funcionario se efectuarán por el Ministerio al que se encuentren adscritos los Cuerpos o Escalas correspondientes, y, excepcionalmente por la propia Agencia mediante convenio suscrito al efecto. En cuanto al personal directivo, su selección se remite a lo dispuesto en el artículo 23 de dicha Ley.

Además, resulta inquietante la previsión, contenida en la Ley 28/2006, de que los órganos de representación del personal de la Agencia “*serán tenidos en cuenta*” en los procesos de selección que se lleven a cabo.

También se refiere la Ley 28/2006 a la ordenación de puestos de trabajo, indicando que las Agencias Estatales disponen de su relación de puestos de trabajo, elaborada y aprobada por la propia Agencia dentro del marco de actuación que, en materia de recursos humanos, se establezca en el Contrato de gestión.

Como vemos, en las Entidades Públicas Empresariales y en las Agencias Estatales la ley establece expresamente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad para la selección de su personal, incluido el laboral, pero sin especificar nada más detallado acerca del proceso de selección, los órganos de selección y demás garantías procedimentales. El EBEP también les resulta aplicable a estas Entidades, pero sus disposiciones son insuficientes y demasiado generalistas. Además, se produce un fenómeno de atomización en la selección del personal, ya que las Entidades Públicas Empresariales y las Agencias Estatales son quienes tramitan la selección de su personal. Un buen ejemplo de la falta de vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de empleados por los Entes Instrumentales de las Administraciones Públicas se ha

expuesto ya al efectuar una referencia a los Informes de la Cámara de Cuentas de Andalucía sobre fiscalización de Entidades Instrumentales de la Comunidad Autónoma de Andalucía (tales como el Instituto Andaluz de Investigación y Formación Agraria, Pesquera, Alimentaria y el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos).

3.4.- Los Entes privados: sociedades y fundaciones del Sector Público

Tal y como se ha expuesto, en sentido material también forman parte del empleo público los puestos de trabajo de las sociedades y fundaciones del Sector Público, que, si bien son personas jurídico-privadas y no tienen la consideración jurídica de Administración Pública, están financiadas y controladas por Administraciones Públicas. Por tanto, tales puestos de trabajo son también objeto del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos.¹⁷³⁸

La situación de la normativa reguladora del acceso al empleo en estas Entidades Instrumentales no es óptima. Así, las sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público no cuentan con una normativa unificada, ni siquiera a nivel de legislación básica, por lo que es preciso acudir a la normativa estatal y a la legislación de cada Comunidad Autónoma. Nos referiremos aquí a la legislación estatal. La Ley General Presupuestaria, 47/2003¹⁷³⁹, de 26 de noviembre, incluye en el Sector Público estatal a las sociedades mercantiles estatales (definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas) y a las fundaciones del Sector Público estatal (definidas en la Ley de Fundaciones):

- En cuanto a las sociedades mercantiles, se incluyen en el Sector Público aquéllas en que la participación directa o indirecta en su capital social supere el 50%, y para calcular esta participación debe tenerse en cuenta que, según la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas,

¹⁷³⁸ Una cosa es que el personal de estas sociedades y fundaciones del Sector Público no sea empleado público, ya que, según el EBEP, empleados públicos son los trabajadores contratados por Administraciones Públicas (dentro de las cuales sí se incluyen los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, pero no se incluyen las sociedades y fundaciones del Sector Público). Y otra cosa totalmente distinta es que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos sí incluye los puestos de trabajo en dichas sociedades y fundaciones, por cuanto constituyen empleo público. Se trata no del régimen de derechos y obligaciones del personal de estas sociedades y fundaciones, que no se rigen por el EBEP, sino que se trata del modo de acceso a los puestos de trabajo de estas entidades que, aunque son privadas, pertenecen al Sector Público.

Una cosa son los empleados públicos definidos en el EBEP, y otra cosa es que se trate de puestos de trabajo del Sector Público, para cuyo acceso los ciudadanos tienen el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad.

¹⁷³⁹ Ver también el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal De Cuentas.

deben sumarse las participaciones correspondientes a las Entidades integradas en el Sector Público estatal que participen en dicho capital.¹⁷⁴⁰

- En cuanto a las fundaciones, el artículo 44 de la Ley 50/2002 dispone que se consideran fundaciones del Sector Público estatal aquellas fundaciones en las que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus Organismos públicos o demás Entidades del Sector Público estatal.

b. Que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas Entidades.

Respecto a la regulación del acceso al empleo en las sociedades y fundaciones del Sector Público, la aplicación de los principios de mérito y capacidad a estas Entidades ya había sido reivindicada por la doctrina.¹⁷⁴¹ Y es que, como indica SÁNCHEZ MORÓN¹⁷⁴², las sociedades y fundaciones del Sector Público tienen su origen en la voluntad política de escapar del Derecho Público, y son “artificios organizativos que no pueden esconder la naturaleza materialmente administrativa de las funciones que realizan”, motivo por el cual el Derecho comunitario ha impuesto la aplicación a estos Entes de las normas comunitarias en materia de contratación pública. Por esa misma razón, concluye el autor, deberían aplicárseles también las normas comunes sobre empleo público.

A la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre contratación administrativa se refiere también VIVERO SERRANO¹⁷⁴³, recordando cómo las directivas comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideran Organismos Públicos a las sociedades públicas creadas para satisfacer necesidades de interés general, que se nutran de fondos públicos o que sean gestionadas por directivos nombrados por la correspondiente Administración Pública. Añade el citado autor¹⁷⁴⁴ que no parece acorde con los artículos 9.1, 9.3,

¹⁷⁴⁰ TRONCOSO REIGADA incluye también dentro de las sociedades mercantiles del sector público aquéllas en las en que el Estado tiene el control, aunque su participación en el accionariado sea menor, en línea con la Directiva 80/723/CEE, de 25 de junio, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas. TRONCOSO REIGADA, A., *Privatización...*, op.cit., pgs. 38 y 39.

¹⁷⁴¹ Ver PALOMAR OLMEDA, A., *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998, pg. 230, CATALÁ POLO, R., “El régimen jurídico de los empleados en los sistemas de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado”, *DA*, nº. 243, 1995, DEL SAZ CORDERO, S., *Contrato laboral y función pública. Del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pgs. 56 y 59, y CUTO PÉREZ, M., “La sociedad estatal de Correos y Telégrafos y el ejercicio de autoridad”, *REDA*, nº. 132, 2006, pg. 759.

¹⁷⁴² SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 55.

¹⁷⁴³ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 56.

¹⁷⁴⁴ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 57.

14 y 53.1 CE que la aplicación de los principios de mérito y capacidad dependa de la modalidad que elija la Administración Pública para ejecutar la actividad administrativa: si se elige ejecutar una actividad por la propia Administración Territorial, por un Organismo Autónomo, por una Agencia, o por una Entidad Pública Empresarial, entonces sí se aplican los citados principios con una normativa detallada, pero si se opta por un Ente Privado dependiente, entonces la aplicación de dichos principios es más laxa.

Debe indicarse que en la doctrina no han faltado opiniones que no extienden los principios de mérito y capacidad a los empleos en las Entidades privadas del Sector Público. Así, MOLINA GARCÍA¹⁷⁴⁵ distingue entre las Entidades Públicas Empresariales reguladas en la LOFAGE, por un lado, y las Empresas Públicas con forma societaria, por otro lado, concluyendo que las Entidades Públicas Empresariales, en la medida en que pueden ejercer potestades administrativas, quedan sujetas, en cuanto a su personal, por los principios constitucionales de mérito y capacidad. Respecto de las Empresas Públicas con forma societaria, dado que no pueden ejercitar potestades administrativas exorbitantes, concluye que no son aplicables los citados principios. Concretamente, señala que “las Empresas Públicas no se encuentran vinculadas a los mismos principios que rigen las relaciones laborales en la Administración y, señaladamente, los de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 23.2 CE, mucho menos a los del artículo 103.3 CE”.¹⁷⁴⁶

También indicaba MARTÍNEZ MORENO¹⁷⁴⁷ que “al menos teóricamente, sólo las Entidades Públicas Empresariales se someten rígidamente, por imperativo de la ley, a procesos reglados de selección y contratación del personal (artículo 55.2.b) LOFAGE). Imperativo que no existe, en cambio, para las Sociedades Estatales”.

Asimismo, resultan algo contradictorias las conclusiones de ALMOACID LAMELAS¹⁷⁴⁸, que señala que “cuando hablamos de empleo al servicio de las sociedades mercantiles de capital público, parece claro que no estamos hablando de empleo ni de empleados públicos en el sentido constitucional, si bien no hay duda de que están al servicio de lo público (...), y que dichas sociedades se incardinan en el aparato administrativo, en cuanto que son entidades dependientes de la Administración, creadas por ella”. Y concluye que “en materia de selección del personal, la sociedad mercantil goza a priori de completa libertad, en las

¹⁷⁴⁵ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pg. 25.

¹⁷⁴⁶ MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo...*, op.cit., pgs. 233 y 234.

¹⁷⁴⁷ MARTÍNEZ MORENO, C., “Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado”, en AA.VV., *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Dir. LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, CGPJ, VII, Madrid, 2007, pg. 188.

¹⁷⁴⁸ ALMOACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas...*, op.cit., pg. 411.

mismas condiciones que cualquier empresario, por lo que no son de aplicación los citados principios constitucionales”.

Dicho autor hace referencia a que el artículo 55.2 EBEP, sobre procesos selectivos ajustados a los principios de mérito y capacidad, alude las Entidades del artículo 2 EBEP, entre las que no figuran las sociedades mercantiles, pero olvida la Disposición Adicional Primera EBEP, que declara aplicables los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 EBEP a las Entidades del Sector Público estatal, autonómico y local no incluidas en el artículo 2 EBEP. En cambio, sí se plantea que, dado que el artículo 13 EBEP exige, para la selección de personal directivo de las Administraciones Públicas, los principios de mérito y capacidad, ello sería extensible a los directivos de las sociedades públicas. No se entiende por qué los principios de mérito y capacidad sí se extienden al personal directivo de dichas sociedades, y no al resto de su personal.

Sobre la cuestión de a qué sociedades y fundaciones debería aplicarse el EBEP, autores como VIVERO, citando a su vez a SÁNCHEZ MORÓN¹⁷⁴⁹, CANTERO MARTÍNEZ¹⁷⁵⁰ y FONDEVILLA ANTOLÍN¹⁷⁵¹, entienden que debería resultar aplicable a todas las Entidades privadas del Sector Público, sin distinguir el tipo de actividad que desarrollen; sin embargo, nos recuerda otras tesis más restrictivas, como la de MOLINA NAVARRETE¹⁷⁵², que postula la aplicación de los principios sobre selección de personal del EBEP solamente a las sociedades de capital público que ejerzan funciones de carácter administrativo y se financien con fondos públicos, al mismo modo que sucede en la legislación de contratos. Sin embargo, a mi juicio, esto no garantizaría el principio de igualdad en el acceso a cualquier empleo público, entendido como empleo en el Sector Público.

Por su parte, el Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP postulaba la aplicación del futuro Estatuto Básico del Empleado Público a dichas Entidades, aunque su personal fuese laboral, porque dicho personal “es parte del empleo público en términos sustantivos y económicos”, por razón “de las funciones que desempeña, de la vinculación o dependencia pública de su empresa o entidad y del origen de los fondos con cargo a los que percibe sus retribuciones”.

¹⁷⁴⁹ SÁNCHEZ MORÓN, M., “Objeto y ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, pg. 79.

¹⁷⁵⁰ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007, pg. 64 y ss.

¹⁷⁵¹ FONDEVILLA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público. Especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Atelier, Barcelona, 2008, pg. 76 y ss.

¹⁷⁵² MOLINA NAVARRETE, C., “Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos”, en *Trabajo y Seguridad Social*, Revista del CEF, 2007, nº. 293-294, pg. 129.

Respecto a las sociedades mercantiles, indicaba el Informe que “parece necesario atender a su realidad sustantiva, tal y como se ha impuesto, por exigencias del derecho comunitario europeo, en materia de contratación pública” y, sobre esta base, distinguía dos casos:

- Sociedades mercantiles dedicadas a la producción de bienes y servicios de modo similar a una empresa privada, en las que no tendría demasiada justificación la aplicación de todas las reglas del EBEP, salvo una “alusión general a la observancia de los principios de publicidad e igualdad en la contratación de su personal”.

- Sociedades mercantiles dedicadas al ejercicio de funciones intrínsecamente administrativas, como la contratación de obras públicas o la gestión del patrimonio público.¹⁷⁵³ En estos casos el Informe postula aplicar las reglas del EBEP. Se trata de sociedades creadas por Administraciones o Entes Públicos para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial ni mercantil, que dependan o estén controladas por esa Administración o Ente Público creador y que estén mayoritariamente financiadas con fondos públicos, tal y como indica el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sin embargo, respecto de este segundo caso, el Informe concluía que, precisamente por pretenderse la aplicación del futuro EBEP a estas sociedades mercantiles, lo cual implicaba su aplicación también al personal laboral, el EBEP debía de ser un “Estatuto de mínimos, esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales” y que “adopte las garantías necesarias para su cumplimiento”. Pero si el EBEP ha de limitarse a recordar la vigencia de los principios constitucionales, de poco sirve. Y, si ha de establecer las garantías necesarias para que se cumplan estos principios, tendrá que explicitar los mecanismos procedimentales concretos, lo cual impide que sea una regulación de mínimos. Todos sabemos lo que puede suceder cuando la ley se limita a establecer que una Entidad cumpla con un principio: que los gestores del Ente hacen su interpretación laxa del principio, y al afectado le toca iniciar una larga cadena de recursos judiciales inciertos y sin fin.

En todo caso, como señala CANTERO MARTÍNEZ¹⁷⁵⁴, el EBEP finalmente no ha realizado la distinción que postulaba el Informe de la Comisión de Expertos (en función de sus actividades estrictamente empresariales o administrativas), sino que la Disposición Adicional Primera EBEP se refiere a todas las Entidades del Sector Público que no figuran en su artículo 2, sin distinguir si las actividades de las sociedades mercantiles son empresariales o administrativas. Concretamente, la

¹⁷⁵³ Como se ha expuesto en apartados anteriores, en esta tesis doctoral sostenemos que no procede la realización de actividades intrínsecamente administrativas por las sociedades y fundaciones del Sector Público. Pero, en caso de que jurídicamente pudiera admitirse, al personal de estas Entidades privadas les resultarían aplicables los principios constitucionales en su selección.

¹⁷⁵⁴ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 72.

Disposición Adicional Primera establece que *“los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las Entidades del Sector Público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”*.

Dado que el citado artículo 2 del EBEP hace referencia a las Administraciones Territoriales, a las Universidades, y a *“los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”*, es claro que no comprende a las Entidades Privadas pertenecientes al Sector Público (sociedades y fundaciones), a las que entonces se aplica lo dispuesto en la citada Disposición Adicional Primera del EBEP.

Pero, aún aplicándose a todas las sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, la Disposición Adicional 1ª EBEP solamente les aplica dicho cuerpo legal parcialmente, limitado a los artículos 52, 53, 54, 55 y 59. Por tanto, no les declara aplicables importantes previsiones garantistas del mérito y la capacidad, tales como las contenidas en los artículos 60 y 61 (sobre órganos de selección y sistemas de selección). Por ello, dicha Disposición Adicional Primera EBEP ha sido considerada como una auténtica “huida” del propio EBEP.¹⁷⁵⁵ Y es que el 52 versa sobre los deberes de los empleados públicos y el Código de Conducta, el artículo 53 sobre los principios éticos, el artículo 54 sobre los principios de conducta, y el artículo 59 se refiere a los discapacitados. Por tanto, en materia de garantías en el acceso al empleo público, solamente se declara aplicable a las Entidades Privadas del Sector Público el artículo 55 EBEP, que establece los repetidos principios de igualdad, mérito y capacidad, publicidad de las convocatorias y de sus bases, transparencia, imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar, y agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

El problema es en qué se concreta la aplicación de estos principios. Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN¹⁷⁵⁶ indica que la concreción de estos principios en estos casos será diferente, ya que “no existirá un procedimiento de selección administrativo en sentido propio”. Pero sucede además que no resultan aplicables a las Entidades Privadas del Sector Público los artículos 60 y 61 del EBEP, que contienen previsiones sobre el órgano de selección y los sistemas de selección, por lo que las garantías mínimas en ellos establecidas quedan a la discrecionalidad (si no arbitrariedad) de tales Entidades privadas.

Además, como destaca DOMINGO ZABALLOS, el EBEP, más allá de lo establecido en la Disposición Adicional 1ª, ni siquiera es supletorio para las

¹⁷⁵⁵ JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Luces y sombras...”, op.cit., pg. 84.

¹⁷⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN, M., en AA.VV., *Comentarios...*, op.cit., pg. 400 y ss.

sociedades y fundaciones del Sector Público.¹⁷⁵⁷ Y, como ha señalado JIMÉNEZ ASENSIO¹⁷⁵⁸, dicha Disposición Adicional 1ª ni siquiera equipara el principio de igualdad con el de libre concurrencia o carácter abierto de las pruebas selectivas, pues esto último no se recoge en el artículo 55 EBEP.

Precisamente para poder hacer efectivos los principios del artículo 55 EBEP en dichas Entidades, entiende DOMINGO ZABALLOS que la prohibición del artículo 60.3 EBEP les resulta aplicable, porque es la única forma de hacer efectivo el principio de imparcialidad. Asimismo, también entiende que, aunque el EBEP no establece expresamente cuáles son los sistemas de selección del personal de las Entidades referidas en la Disposición Adicional 1ª EBEP, sería “difícil –por no decir imposible- que una simple entrevista pueda erigirse en el único medio para la selección, porque (...) no se compadecerá con el resto de principios del artículo 55.2”.¹⁷⁵⁹

Por su parte, La aplicación de los principios del artículo 55 EBEP a las sociedades y fundaciones del Sector Público conlleva, según MAURI MAJÓS, los efectos siguientes: “a) La determinación previa de los requisitos y las condiciones de acceso. b) El establecimiento de los requisitos y condiciones de acceso en términos generales y abstractos fundamentados de forma objetiva, es decir, de conformidad con las funciones o tareas a desarrollar. c) La articulación de los procedimientos de acceso a través de convocatorias públicas, abiertas y libres, en las que se tenga en cuenta una reserva de plazas para personas con discapacidad. d) La constitución de órganos de selección imparciales y profesionales y la resolución del procedimiento selectivo en base a un juicio técnico”.¹⁷⁶⁰

En cuanto a la legislación estatal, ésta no va mucho más allá. Efectivamente, la LOFAGE solamente se refiere en su Disposición Adicional Duodécima (en su redacción según la Ley 33/2003), a las sociedades mercantiles anónimas estatales, íntegramente participadas por la Administración General del Estado o sus Organismos públicos, limitándose a establecer para ellas la aplicación con carácter general del Derecho Privado. Nada dice, pues, sobre el régimen de selección de su personal.

Y, en cuanto a las fundaciones del Sector Público estatal, el artículo 46 de la Ley 50/2002, de Fundaciones 50/2002 dispone que *“la selección del personal*

¹⁷⁵⁷ DOMINGO ZABALLOS, M.J., “Capítulo 27...”, op.cit., pg. 872. Aunque entiende que será aplicable la jurisprudencia sobre personal laboral de las Administraciones Públicas.

¹⁷⁵⁸ JIMÉNEZ ASENSIO, R., en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008, pg. 75.

¹⁷⁵⁹ DOMINGO ZABALLOS, M.J., “Capítulo 27...”, op.cit., pg. 878.

¹⁷⁶⁰ MAURI MAJÓS, J., “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, *QDL*, nº. 19, 2009, Fundación Democracia y Gobierno Local.

deberá realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria”.

Como consecuencia de lo establecido en el EBEP, es previsible, como indica SÁNCHEZ MORÓN¹⁷⁶¹, que aumente la creación de este tipo de Entes privados, puesto que uno de los efectos buscados con su creación es la huida del estricto régimen de selección de los empleados públicos, fundamentalmente, de los funcionarios. Tanto este autor, como PÉREZ LUQUE¹⁷⁶², indican que los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad son aplicables a la contratación de personal por estos Entes privados, que también deberán contar con órganos de selección que garanticen la imparcialidad y profesionalidad de sus miembros. Sin embargo, la experiencia demuestra que el simple establecimiento en la ley de unos principios no es suficiente para que los gestores de estos Entes Privados se sometan a ellos, sino que es necesaria la existencia de normas más concretas, que, mediante el establecimiento de mecanismos detallados, contribuyan efectivamente a evitar la producción de las irregularidades antes de que se produzcan.¹⁷⁶³ La finalidad de crear este tipo de Entes para eludir los principios selectivos de mérito y capacidad ha sido también destacada por la doctrina.¹⁷⁶⁴

Como puede imaginarse, para asegurar que todas estas Entidades del Sector Público, de tan variada naturaleza, cumplen con los principios de igualdad, mérito y capacidad, resulta imprescindible que por parte de los poderes públicos se elabore un catálogo permanentemente actualizado de estas Entidades, donde

¹⁷⁶¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 79.

¹⁷⁶² PÉREZ LUQUE, A., *La selección...*, op.cit., pg. 680.

¹⁷⁶³ La cuestión se planteó también en relación con la Disposición Adicional 6ª del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que se limitaba a señalar que “*las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de las Administraciones Públicas o de sus Organismos autónomos o Entidades de Derecho público, se ajustarán en su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia*”. Al respecto, la doctrina señaló que se trataba de una “*aplicación simulada*” de criterios generales (*Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pg. 273), que de nada sirve reconocer tales principios si no existen unos procedimientos reglados de selección de contratistas (DEL SAZ CORDERO, S., “*La huida del Derecho...*”, op.cit.), y que no es correcto dejar en manos de la discrecionalidad del propio órgano gestor la forma y procedimientos de cumplir los principios constitucionales (MARTÍNEZ MARTÍ, G., “*El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades públicas y la huída del Derecho Administrativo*”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº. 3, 2001).

¹⁷⁶⁴ Ver en este sentido, SALA FRANCO, T., *Incidencias de la legislación...*, op.cit., pg. 28 y 162, NIETO GARCÍA, A., *La nueva organización...*, op.cit., pg. 231 y ss., CASTILLO BLANCO, F.A., *Acceso a la función pública local...*, op.cit., pg. 221, MONTOYA MARTÍN, E., *Las Empresas Públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pg. 567 y ss., LÓPEZ GANDÍA, J., “*Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública*”, *PJ*, nº. 3, 1986, pg. 159, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGO, J., “*Las relaciones de trabajo...*”, op.cit., pg. 311, RIVERO LAMAS, J., “*Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general*”, *REDT*, nº. 124, 2004.

figure su identificación, la Administración Pública de la que dependen, y se asegure, a través de detallados mecanismos, que se facilite la correspondiente información sobre la selección de su personal. Este catálogo debe ser público, para su consulta por los ciudadanos interesados en participar en los correspondientes procesos selectivos, y su elaboración debe corresponder a la Administración General del Estado, pues debe alcanzar a todas las Entidades existentes en el país.

La doctrina viene percatándose de lo disfuncional que resulta la Disposición Adicional Primera del EBEP, si se tiene en cuenta la vocación de universalidad que el EBEP manifiesta en su propia Exposición de Motivos, pero no siempre se extraen conclusiones concretas. Así, puede citarse a FONDEVILA ANTOLÍN¹⁷⁶⁵, quien, al tratar del principio de imparcialidad del órgano de selección en los Entes con personalidad jurídica privada, indica que “la exigencia de imparcialidad supone, al menos como mínimo, que resulten de aplicación el contenido material de las normas sobre abstención y recusación previstas en los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992” y nos recuerda la aplicabilidad a estos Entes del código de conducta y los principios éticos del EBEP, concluyendo que “los miembros de estos tribunales u órganos de selección están sometidos a un control sobre su imparcialidad (...) tanto el personal directivo como el de carácter o designación política deberán superar estas exigencias derivadas de los principios establecidos en los apartados c) y d) del artículo 55.2”.

Pero ¿qué métodos de control aseguran esa imparcialidad? ¿El personal directivo y el de designación política quedan o no quedan excluidos de los órganos de selección de este tipo de Entes privados? Sí nos recuerda el citado autor¹⁷⁶⁶ que el principio de transparencia va a suponer “en la práctica, la necesidad de que los procesos incorporen mecanismos para que los ciudadanos que hayan concurrido a la selección puedan conocer en todo momento los detalles del proceso e incluso el reconocimiento de alguna facultad para formular reclamaciones ante estos órganos de selección”. En realidad, el principio de transparencia va mucho más allá, como se analiza en el Capítulo 7 de esta tesis doctoral. En particular, implica el suministro de información también sobre los puestos de trabajo que tiene el Ente, así como el modo en que están cubiertos en cada momento.

Como ha señalado el Consejo Consultivo de Andalucía,¹⁷⁶⁷ “la sujeción al Derecho Laboral del personal de las fundaciones Instrumentales constituidas por Administraciones Públicas no puede alterar el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a los puestos de trabajo que son costeados por la Hacienda Pública, principalmente a través del sistema tributario.(...) Por el contrario, es fundamental adoptar una concepción espiritualista en la interpretación

¹⁷⁶⁵ FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección...*, op.cit., pg. 81.

¹⁷⁶⁶ Op.cit., pg. 82.

¹⁷⁶⁷ Dictamen 151/2003.

de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, que no permita que el exclusivo dato de la personificación suponga un vaciamiento de los principios constitucionales”.

Un ejemplo de la desastrosa que puede resultar la configuración de los procesos selectivos en el ámbito de las fundaciones del Sector Público lo encontramos en el Informe del Defensor del Pueblo Andaluz¹⁷⁶⁸, donde se analiza la tramitación del proceso selectivo convocado por la Fundación Progreso y Salud, de la Consejería de Salud, para cubrir plazas de Asesores Técnicos para las Unidades de Apoyo para la Atención al Tabaquismo. Los requisitos establecidos en la convocatoria eran genéricos y no se especificaban puntuaciones para los diferentes apartados ni el sistema de calificación de los méritos. La denunciante había sido excluida del proceso selectivo sin indicársele el motivo ni la puntuación asignada a su expediente. Ante esta situación, la Fundación indicó, ¡¡¡¡nada más y nada menos¡¡¡¡ que “en la Ley 10/2005 de Fundaciones en la Comunidad autónoma de Andalucía, no se hace referencia a la necesidad de establecer una baremación y la publicación de la misma, para los procesos de selección de contratación de personal. (...) la reclamación de D^a. sobre la notificación por parte de esta Fundación de la puntuación que había obtenido y las causas de exclusión de su candidatura, no vienen a ser pertinentes, dado que no existe la obligación de establecer una baremación tal y como ya se ha expuesto”.

Debe indicarse que la propia Ley 10/2005, de 31 de Mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que dispone, en su artículo 57, que *“la selección del personal de las fundaciones del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria. Asimismo, su contratación deberá ajustarse a la normativa básica estatal en la materia”*, y que los propios Estatutos de la Fundación establecían que *“la selección del personal deberá realizarse, en todo caso, con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en la correspondiente convocatoria”*. También la Ley andaluza 9/2007 prevé, para el personal laboral de las fundaciones, en su artículo 78.2 convocatoria pública y de los procesos selectivos correspondientes basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El Defensor del Pueblo concluye que, por aplicación de los artículos 23.2 y 103 CE, es preciso establecer una serie de garantías en los procesos selectivos de la Fundación. Es discutible que, al no tratarse de funcionarios, sean aplicables estos artículos 23.2 y 103 CE, pero en todo caso, como viene señalando el Tribunal Constitucional, será aplicable el artículo 14 CE. Pues bien, lo interesante del razonamiento del Defensor del Pueblo es cómo, mediante razonamientos deductivos, extrae de los principios generales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, una serie de trámites y garantías muy concretos que debe articular la

¹⁷⁶⁸ Queja 07/2365.

Fundación. Así, concluye que la Fundación debe aprobar la regulación del proceso selectivo para el reclutamiento del personal incorporando los siguientes aspectos concretos:

- a) Sistema de selección: concurso de méritos.
- b) Determinar los requisitos mínimos para participar.
- c) Establecer los méritos profesionales objetos de valoración, conforme a un baremo previamente aprobado y público.
- d) Fijar una fecha de presentación de solicitudes, de al menos 20 días hábiles, para participar en el proceso selectivo.
- c) Establecer calendario para la aprobación de relación de candidatos admitidos y excluidos, plazo presentación alegaciones, relación definitiva de admitidos y excluidos
- d) Informar sobre la posibilidad de formular o interponer reclamaciones contra las bases reguladoras, contra la relación de candidatos seleccionados y otras posibles acciones que puedan ejercer los participantes en defensa de los derechos que consideren lesionados
- e) Concretar el órgano colegiado de selección, constituido conforme a normas de Convenio, en su caso, o por un número impar de miembros, no inferior a cinco, nivel de titulación igual o superior al exigido en la convocatoria, ajustado a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, garantizado, en todo caso, el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres”.

En realidad, estas medidas las extrae el Defensor del Pueblo fundamentalmente del Decreto 2/2002, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso, promoción interna, provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios de la Administración General de la Junta de Andalucía, que considera subsidiariamente aplicable a la Fundación

A la vista de lo expuesto, es necesario y además sería más sencillo y eficaz y mucho más garantista que se dictara una norma legal que impusiera a estos Entes del Sector Público (fundaciones y sociedades mercantiles) que en sus procesos selectivos aplicaran la legislación estatal o autonómica sobre procedimientos de selección en la Administración General territorial, tanto a nivel de ley como de reglamentación concreta y detallada. De lo contrario, estos Entes, cuando quieran inaplicar los principios de mérito y capacidad, configurarían procedimientos selectivos con escasas o nulas garantías, y el ciudadano tendrá la carga de tramitar un lento proceso judicial, si es que decide tramitarlo. Otra vía, aunque menos eficaz, sería la de imponer la obligación al Ente Instrumental de solicitar un Informe del Gabinete Jurídico de la Administración Pública de la que depende, sobre la corrección del proceso selectivo que diseñe. Pero en tal caso se hace recaer en el órgano que informa la tarea de especificar en cada caso las garantías procedimentales de los principios de mérito y capacidad, así como la

cuestión quedaría sujeta a las diferentes interpretaciones a realizar por los distintos órganos asesores en cada caso.

Lo que resulta inadmisibles es que el órgano gestor de una Fundación pública diga que para seleccionar a su personal no es necesario establecer una baremación ni publicarla. Esto da una idea del significado que este órgano gestor da a los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Este caso demuestra que estos principios no pueden dejarse, en su aplicación, al libre criterio de las Fundaciones y sociedades del Sector Público, porque entonces quedan en papel mojado.

Precisamente porque el procedimiento administrativo debe quedar claramente establecido, la Ley Orgánica de Régimen Electoral ha regulado al detalle (y no a nivel de reglamento, sino de ley) el procedimiento electoral. Pues bien, el proceso selectivo para el acceso al empleo público necesita también una regulación detallada por parte del legislador para salvaguardar los citados principios de mérito y capacidad. En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz en su Informe “sobre el régimen de actuación de los Entes Instrumentales privados con ocasión de la aprobación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía”¹⁷⁶⁹, ya indicaba que “se deberían concretar, a la mayor brevedad posible, los mecanismos y criterios que deben seguirse para dar cumplimiento a los referidos principios de publicidad de la convocatoria, igualdad, mérito y capacidad”. Está claro que no basta con enumerar estos principios, sino que se precisan procedimientos detalladamente regulados.

En definitiva, es preciso, para salvaguardar los principios de igualdad, mérito y capacidad, establecer la aplicabilidad íntegra a estos Entes Privados de la normativa sobre selección de los empleados públicos laborales en las Administraciones Territoriales. Y ello en el bien entendido de que dicha normativa recoja las mayores garantías que se proponen en esta tesis doctoral (en el Capítulo V).

Es más, cabe postular incluso la externalización de la selección del personal laboral de las sociedades y fundaciones del Sector Público, en los términos expuestos en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral, de manera que estos Entes se nutran de personal externo, seleccionado por las Administraciones Públicas de las que dependen.

No hay pruebas contundentes y concretas de que los procesos selectivos que tramitan (si es que los tramitan) aseguren una mejor selección de personal más eficaz, y tampoco hay razonamientos objetivos que justifiquen que los sistemas de selección de su personal deban ser distintos a los utilizados en las Administraciones territoriales. De hecho, puede decirse sin temor a equivocarse, que el grosso de las tareas que su personal desempeña puede ser desempeñado

¹⁷⁶⁹ Noviembre 2007.

por cualquier funcionario o laboral correctamente seleccionado a través de un proceso en el que acredite el correspondiente nivel de conocimientos.

Sin embargo, sí puede decirse que hoy día sigue existiendo la sombra de favoritismos y subjetivismos en la selección del personal de estas Entidades. Este riesgo es intolerable en un Estado democrático y de Derecho del S. XXI, por lo que lo más adecuado es reconducir su selección a las reglas detalladas aplicables a las Administraciones territoriales (cuyo contenido ideal de *lege ferenda* se analiza en esta tesis doctoral e incluso establecer por ley que su personal sea seleccionado por las Administraciones territoriales a través de los procesos generales de selección (externalización de la selección).

En definitiva, no hay argumentos sólidos en contra de unificar la selección del personal de estas Entidades, en el sentido de que dicho personal sea suministrado por los procesos selectivos tramitados por las Administraciones territoriales. Ello dotaría de mayor racionalidad a la selección para el acceso al empleo público, y reduciría el extraordinario y desproporcionado fraccionamiento de los procesos selectivos existente actualmente en nuestro país, y que, en definitiva, lo único que genera es caos y desinformación para el ciudadano que se plantea acceder al empleo público, y que se encuentra con innumerables procesos selectivos de escaso tamaño (una plaza, dos plazas...), lo cual lesiona el derecho de efectiva libertad de concurrencia a los procesos selectivos. Asimismo, no en pocas ocasiones encubren realmente procesos diseñados a medida del candidato ya elegido directamente por la Entidad convocante. Riesgo éste que resulta intolerable por vulnerar frontalmente el derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad.

En último lugar, cabe efectuar una referencia a la posibilidad de que las sociedades y fundaciones del Sector Público puedan tener personal eventual en el sentido en que lo define el artículo 12 EBEP, como personal distinto del personal laboral. Entendemos que ello no es posible, pues el artículo 12 EBEP, según resulta de la citada Disposición Adicional Primera EBEP, no es aplicable a estas Entidades, así como estas Entidades sólo pueden realizar contratos mercantiles y contratos laborales, por lo que todo su personal es laboral. Incluso el cargo de gerente o director sería un contrato laboral especial de alta dirección.

No obstante, algún sector de la doctrina admite la categoría del personal eventual o de confianza en estas Entidades. Así, DOMINGO ZABALLOS¹⁷⁷⁰ señala que el personal de estas Entidades que haya de realizar funciones asimilables a las de confianza o asesoramiento especial a las que se refiere el artículo 12.1 EBEP no tendrá que ser seleccionado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, "en tanto no juegan tampoco para este tipo de personal en las propias Administraciones Públicas; piénsese por ejemplo en la persona que haya de desempeñar funciones de secretaria de la presidencia de la empresa o de la

¹⁷⁷⁰ DOMINGO ZABALLOS, M.J., "Capítulo 27...", op.cit., pg. 875 y ss.

fundación, ya que sería absurdo – y nos parece que discordante con la voluntad del legislador - que en el ámbito de un poder público su nombramiento y cese sean libres y en una empresa sujeta a derecho mercantil viniera impuesta otra cosa por la ley”.

Ahora bien, de ser admisible la figura del personal eventual en las sociedades y fundaciones del Sector Público, resultaría aplicable todo lo dicho en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral sobre el personal eventual (límite a su número y aseguramiento de que su nombramiento se limita a esas funciones de confianza o asesoramiento especial, publicidad, etc.).

3.5.- Los Consorcios

A los Consorcios se refieren los artículos 6.5 de la Ley 30/1992 y 87 de la LBRL, como Entes con personalidad jurídica propia, surgidos de la agrupación de otros Entes Públicos, y que están sometidos al Derecho Administrativo. Sí debe destacarse que el citado artículo 87 de la LBRL permite que en los Consorcios creados por Entes Locales participen también Entidades privadas sin ánimo de lucro, siempre que se persigan fines de interés público.

En todo caso, los empleados de los Consorcios han de ser seleccionados de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, al tratarse de empleo público. Así lo ha señalado la doctrina, pudiendo citarse a VIVERO SERRANO¹⁷⁷¹, SÁNCHEZ MORÓN¹⁷⁷² y CANTERO MARTÍNEZ.¹⁷⁷³ En esta línea, el Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP¹⁷⁷⁴ señaló que “el Estatuto debe aplicarse a Entidades de naturaleza administrativa que se crean por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí y que se financian, al menos mayoritariamente, con fondos públicos, tales como las mancomunidades de municipios y los Consorcios públicos, incluso si, en este último caso, participan en ellos con carácter minoritario Entidades privadas”.

Concretamente, a los Consorcios les resulta plenamente aplicable el EBEP, de acuerdo con su artículo 2, sobre ámbito de aplicación, que señala que “este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas: (...) Los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones”.

Puede destacarse que el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, aprobado por el Consejo de Ministros el

¹⁷⁷¹ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 61.

¹⁷⁷² SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, *Comentarios...*, op.cit., pg. 57.

¹⁷⁷³ CANTERO MARTÍNEZ, J., “Capítulo I. Ámbito de aplicación...”, op.cit., pg. 65.

¹⁷⁷⁴ *Informe de la Comisión...*, op.cit., pg. 28.

15 de febrero de 2013, añade una nueva Disposición Adicional, la Vigésima, según la cual “el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla”.

3.6.- Las Corporaciones de Derecho Público

Siguiendo a MARTÍNEZ DE VIÉRGOL¹⁷⁷⁵, puede definirse a las Corporaciones de Derecho Público como Entes de base privada sectorial, como son las representativas de intereses profesionales (Colegios Profesionales), económicos (Cámara de Industria, Comercio y Navegación, Cámaras de la Propiedad Urbana, Cámaras Oficiales Mineras, Cámaras Agrarias, Cofradías de Pescadores, Comunidades de Usuarios de Aguas, juntas de Compensación Urbana y demás Entidades urbanísticas colaboradoras reguladas en la Ley del Suelo, etc.) o sociales (la ONCE).

En ellas confluyen el Derecho Administrativo y el Derecho Privado, aunque el Tribunal Constitucional parece entender que deben encuadrarse en la categoría de Administraciones Públicas, según se deduce de la interpretación extensiva que realiza de este concepto en relación con la competencia exclusiva que atribuye el artículo 149.1.18ª CE al Estado para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (SSTC 4/1981, 32/1981, 76/1983 y 132/1989). La doctrina viene estimando que el régimen jurídico de Derecho Público o Privado de dichas Corporaciones viene determinado más bien por la naturaleza de los concretos actos realizados por la Corporación de que se trate, de modo que quedan sometidos al Derecho Administrativo los actos sobre organización y funcionamiento de las Corporaciones, y al ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas por la legislación vigente o les sean delegadas por otras Administraciones Públicas, mientras que los restantes actos quedan regidos por el Derecho Privado.¹⁷⁷⁶

La naturaleza pública de las Cámaras de Comercio parece clara. En cuanto a los Colegios Profesionales, el Tribunal Constitucional, a efectos de justificar la obligación de adscripción a los Colegios Profesionales¹⁷⁷⁷, ha considerado que son Corporaciones que desempeñan importantes funciones públicas en relación con la

¹⁷⁷⁵ MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “La delimitación subjetiva...”, op.cit., pg. 696.

Ver también FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Corporaciones de Derecho Público”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004, pg. 365 y ss.

¹⁷⁷⁶ MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., “La delimitación subjetiva...”, op.cit., pg. 699.

¹⁷⁷⁷ Vid. STC 89/1989.

profesión que se ejerce. Según MARTÍNEZ DE VIERGOL¹⁷⁷⁸, hay tres corrientes doctrinales¹⁷⁷⁹ sobre su naturaleza jurídica: los que las encuadran en la estructura administrativa (BAENA DEL ALCÁZAR¹⁷⁸⁰, GARRIDO FALLA¹⁷⁸¹), los que los califican como Corporaciones sectoriales de base privada¹⁷⁸², y los que las consideran como Entes característicamente públicos, pero absolutamente separados de la Administración del Estado.¹⁷⁸³ Es el dato de la obligatoriedad de la adscripción el que considera parte de la doctrina que permite encuadrar en el Sector Público a Corporaciones de dudosa naturaleza, como la ONCE o las Federaciones Deportivas.

En cuanto se refiere a la ONCE, entiende MARTÍNEZ DE VIERGOL¹⁷⁸⁴ que es indiscutible su naturaleza pública, a la vista del Real Decreto 1041/1981, de 22 de mayo, que le atribuye la naturaleza de Entidad de Derecho Público, y el Real Decreto de 27 de diciembre de 1985, que le atribuye la condición de Corporación de Derecho Público de carácter social, rigiéndose su organización por el Derecho Administrativo. Respecto a las Federaciones Deportivas, son Entidades Asociativas Privadas a las que un sector doctrinal atribuye naturaleza pública¹⁷⁸⁵, ya que la ley impone la afiliación obligatoria a las mismas para poder participar en competiciones oficiales y les atribuye funciones públicas (Como la representación en exclusiva de la especialidad deportiva y la organización de competiciones oficiales).

¹⁷⁷⁸ MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., "La delimitación subjetiva...", op.cit., pg. 700.

¹⁷⁷⁹ Vid PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos...*, op.cit., pg. 361 y ss.

¹⁷⁸⁰ BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Los colegios profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1968.

¹⁷⁸¹ GARRIDO FALLA, F., *Administración indirecta del Estado y descentralización*, IEAL, Madrid, 1980.

¹⁷⁸² Opción que, según indica MARTÍNEZ DE VIERGOL ("La delimitación subjetiva...", op.cit., pg. 700) es la acogida por el Tribunal constitucional.

¹⁷⁸³ ARIÑO ORTIZ, G, "Corporaciones profesionales y Administración Pública", *RAP*, nº. 27, 1973.

¹⁷⁸⁴ MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., "La delimitación subjetiva...", op.cit., pg. 701.

¹⁷⁸⁵ El Tribunal Constitucional, en sentencia de 24 de marzo de 1985, las califica de asociaciones de configuración legal cuyo objeto es el ejercicio de Funciones públicas de carácter administrativo", y asimismo la ley del Deporte 10/1990, de 15 de octubre.

A la vista de lo expuesto, autores como MARTÍNEZ DE VIERGOL¹⁷⁸⁶ concluyen que a todas estas Corporaciones se les aplican las normas de la "relación laboral de régimen específico", en la medida en que se estime pertinente la alegación del artículo 106.2 CE. Sin embargo, otros autores como VIVERO SERRANO¹⁷⁸⁷, consideran que la denominada Administración corporativa no forma parte del Sector Público, sino que los sujetos que la integran son particulares, se financian de modo privado y la selección de su personal no se rige por los principios de igualdad, mérito y capacidad, sino por la libertad de contratación de cualquier empresa privada.¹⁷⁸⁸

4.- LA NECESARIA TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO

Debemos destacar que uno de los graves riesgos de las Entidades Instrumentales es la falta de transparencia en su actuación.¹⁷⁸⁹ Máxime cuando ni siquiera existe, en las Entidades de personalidad privada, una contabilidad presupuestaria que recoja el grado de ejecución de un presupuesto previamente aprobado. Por tanto, a las Entidades Instrumentales les resultan aplicables todas las opiniones expuestas en esta tesis doctoral sobre transparencia administrativa y, en particular, sobre transparencia en el reclutamiento de empleados públicos.

Y es que, a nivel de transparencia general, no siempre se ha incluido dentro del ámbito de la transparencia a las Entidades del Sector Público empresarial y fundacional. En particular, y a efectos del acceso a la información pública, señala FERNÁNDEZ RAMOS que el concepto de documento público no depende del régimen jurídico, público o privado, en el curso del cual se generó o recibió el documento en cuestión. Y añade que de poco serviría someter a las Administraciones Públicas al derecho de acceso a la información, si éstas pueden crear Entidades Instrumentales que queden fuera del régimen de acceso a la

¹⁷⁸⁶ MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., "La delimitación subjetiva...", op.cit., pg. 701. Refiriéndose a TRAGSA, indica AMOEDO SOUTO que "una de las características del régimen jurídico y del propio funcionamiento de la empresa es su falta de transparencia". (AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op. cit.). Asimismo, ha señalado ARIÑO ORTIZ que el Gobierno remite, respecto de las empresas públicas, documentación sobre balances y auditorías contables (que están depositados en el Registro Mercantil en todo caso), pero no da información sobre la política interna de la empresa, sus contratos, el precio de bienes, etc. (ARIÑO ORTIZ, G., *¿Privatizar el Estado? Un retroceso en el camino de la historia o una antítesis del Estado de Derecho*, Madrid, Centro de Publicaciones de la Fundación BBV, 1994, pgs. 52 y ss.).

¹⁷⁸⁷ VIVERO SERRANO, J.B., *El acceso al empleo público...*, op.cit., pg. 62.

¹⁷⁸⁸ Al respecto, ver PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pg. 334 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General I*, Iustel, Madrid, 2004, pg. 498 y ss.

¹⁷⁸⁹ UTRILLA DE LA HOZ, A., *El Sector Público empresarial autonómico y local*, Colección de Estudios, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006.

información. Por ello, propone complementar la noción meramente formal de Administración Pública con la conceptualización de la legislación europea sobre contratos, que atiende a la finalidad y financiación y control de las Entidades.¹⁷⁹⁰

En esta línea, la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, establece que tendrán la condición de autoridad pública, a los solos efectos de dicha ley, las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de las entidades, órganos o instituciones previstos en el artículo 2.4.1 de dicha ley (Administraciones, etc.). Y la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del Sector Público, también sigue el más amplio criterio de la legislación de contratos para calificar a las Entidades sujetas a sus obligaciones.

Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008, sobre Acceso a los Documentos Públicos, extiende su ámbito subjetivo de aplicación a las personas físicas o jurídicas privadas en la medida en que ejercen autoridad administrativa. Y añade que los Estados parte pueden ampliar el campo de aplicación para incluir a las personas privadas físicas y jurídicas en la medida en que ejerzan funciones públicas o funcionen gracias a fondos públicos. Sobre esta base, señala GUICHOT que “en línea con el Derecho comparado y comunitario, una nueva Ley de Transparencia y Acceso a la Información debería incluir en su ámbito de aplicación a (...) las personas físicas o jurídicas privadas en la medida en que ejercen autoridad administrativa, y a las personas privadas físicas y jurídicas en la medida en que ejerzan funciones públicas o funcionen gracias a fondos públicos”.¹⁷⁹¹

Por su parte, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, parece ubicarse en la línea expuesta, ya que declara aplicables sus normas sobre transparencia de la actividad pública al conjunto de las Entidades Instrumentales.¹⁷⁹²

¹⁷⁹⁰ FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Diez anotaciones...”, op.cit., pg. 128 y ss.

¹⁷⁹¹ Por ello concluye también que esta inclusión obliga a diseñar un procedimiento completo de acceso a la información, ya que algunos de estos sujetos no se rigen por la Ley de Procedimiento Administrativo. GUICHOT REINA, E., *Transparencia y acceso...*, op.cit., pg. 59.

¹⁷⁹² Así, en su artículo 2, se refiere a “los organismos autónomos, las Agencias Estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades de Derecho Público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un determinado sector o actividad”, las “Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas a cualquiera de las Administraciones Públicas o dependientes de ellas, incluidas las Universidades Públicas”, las “Corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo”, las “sociedades mercantiles en cuyo capital

A nivel autonómico existen algunos ejemplos sobre transparencia en materia de empleo de los Entes Instrumentales, que van mucho más allá de lo dispuesto en el EBEP. Así, puede destacarse la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, que se declara aplicable a los Organismos autónomos, Agencias públicas autonómicas, Entidades públicas empresariales, Consorcios autonómicos, Sociedades mercantiles públicas autonómicas y Fundaciones del sector público autonómico.

Esta ley dispone en su artículo 112 que las sociedades mercantiles autonómicas deberán publicar en su página web “toda la información relativa a los procesos de contratación de personal, particularmente:

a) Las bases íntegras de los procesos selectivos de personal temporal o fijo.

b) Todos los anuncios y resoluciones que se produzcan en los procesos selectivos de personal, con la información necesaria para que los interesados puedan efectuar las reclamaciones pertinentes.

c) Los listados de contratación temporal por categorías profesionales debidamente actualizadas.

d) Las composiciones de los tribunales y de las comisiones de selección de personal, en su caso.

Por su parte, el Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat Valenciana, que se aplica a las sociedades y fundaciones del sector público valenciano, dispone en su artículo 18 que “anualmente, los entes del sector público de la Generalitat a que hace referencia la presente norma publicarán en el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana una relación de los puestos de trabajo o plantillas”.

Asimismo, la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto, dispone que la Administración Pública debe poner, “con carácter general, a disposición de la ciudadanía, de forma accesible, clara, objetiva y actualizada, la siguiente información: “La organización institucional, la estructura organizativa, señalando las funciones, la sede de sus órganos y los distintos medios de contacto, la identificación de sus responsables y la plantilla orgánica con la relación de puestos de trabajo. Asimismo, también hará pública esta información respecto de las sociedades públicas y fundaciones públicas”, y “las listas de contratación temporal de personal y las listas que se creen en los procesos de formación y/o promoción, con el fin de que permitan a cada aspirante conocer el puesto que ocupa en cada momento”.

social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en este artículo sea superior al 50 por 100”, las “fundaciones del sector público”, y las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo 2.

5.- CONCLUSIONES

Tal y como se ha expuesto en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral, el derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad (reconocido en los artículos 14 y 23.2 CE) tiene por objeto los puestos de trabajo de todo el Sector Público. Por tanto, comprende no solamente los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas (adscritos a personal laboral, funcionarial y estatutario), sino también los puestos de trabajo de todo el Sector Público, tal y como lo define el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto, también tiene por objeto los puestos de trabajo de los Organismos Autónomos, las Entidades Públicas Empresariales, las Agencias Estatales y cualesquiera Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al Sector Público o dependientes del mismo, los Organismos Reguladores, así como de las sociedades y fundaciones del Sector Público.

De las Entidades de Derecho Público que se rigen por el Derecho Privado y de las sociedades y fundaciones del Sector Público se ha dicho que constituyen un fenómeno de “huida del Derecho Administrativo” a través del cual los gobernantes crean Entidades que eluden los controles impuestos por el Derecho Administrativo y por el Derecho Presupuestario, en ámbitos tales como la contratación de bienes y servicios, los procesos selectivos de acceso de nuevo personal, el control de la legalidad del gasto público mediante la existencia de un presupuesto detallado y la fiscalización previa por los órganos de intervención, los límites al endeudamiento, etc. Por lo que se refiere al personal de estas Entidades, se opta por el personal laboral, y la selección del mismo no se realiza por los mismos procedimientos que la normativa impone para el personal laboral de las Administraciones Públicas (ya de por sí muy debilitados en relación con la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como se expone en el Capítulo 5 de esta tesis doctoral).

La afirmación de que las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado facilitan una gestión más flexible y por tanto una mayor eficacia, no está demostrada, sino que la práctica demuestra más bien lo contrario: mal uso de los gastos e inversiones públicas y el uso partidista y clientelar de los cargos y empleos en dichas Entidades. Y es que el Derecho Privado no permite garantizar que la actuación de los gestores públicos se someta a la legalidad y al interés general. Así, el Estado de Derecho impide prescindir de las garantías procedimentales de control establecidas por el Derecho Administrativo y el Derecho Presupuestario.

Entendemos que lo que procede es revisar la organización y los procedimientos del Derecho Administrativo, para mejorarlos y hacerlos más operativos, en lugar de apostar directamente por los Entes (públicos o privados) regidos por el Derecho Privado. Así, se pueden acortar los plazos y simplificar los

procedimientos administrativos, aprovechar las tecnologías de la información, aumentar la transparencia administrativa, diseñar relaciones de puestos de trabajo más flexibles, con descripción de puestos de trabajo más polivalentes, vincular las retribuciones del personal a su rendimiento, etc.

En particular, el empleo en las Entidades Instrumentales (incluyendo las sometidas al Derecho Privado) es empleo del Sector Público, por lo que rigen entonces los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad. Así lo ha reconocido su propia normativa reguladora. Sin embargo, no va mucho más allá. En efecto, la LOFAGE poco aclara sobre la selección del personal de los Organismos Públicos, especialmente de las Entidades Públicas Empresariales, y lo mismo sucede con las Agencias estatales. Por su parte, el artículo 2.1 del EBEP incluye en su ámbito de aplicación a *“los Organismos públicos, agencias y demás Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas”*, pero a lo largo de esta tesis doctoral se ha concluido que las garantías establecidas por el EBEP son insuficientes. Por su parte, la Disposición Adicional Primera EBEP, aplicable a las sociedades y fundaciones del Sector Público, se limita a declarar que les son aplicables los principios contenidos en los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 EBPE.

Por tanto, la normativa aplicable a las Entidades Instrumentales del Sector Público no es lo suficientemente concreta como para asegurar la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la selección de su personal laboral¹⁷⁹³, que forma parte del empleo público, por lo que es necesario dictar una normativa que regule detalladamente el modo de cobertura de los puestos de trabajo y los procesos selectivos de estas Entidades, extendiéndoles las garantías analizadas en la presente tesis doctoral (Capítulos 2, 3, 4 y 6), especialmente lo referente a la imparcialidad del órgano de selección. Ello incluye, por tanto, articular una máxima publicidad o transparencia sobre la estructura de puestos de trabajo y el modo en que son ocupados en estos Entes.

En el caso de las sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, se da la particularidad de que carecen de la figura legal administrativa de la relación de puestos de trabajo y de que no están sometidas al control previo por los órganos de Intervención de las Administraciones Públicas. Por ello, es preciso que la ley establezca que también deberán formar una relación de puestos de trabajo, con los mismos mecanismos de garantía que se exponen en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral, lo cual incluye la imposición a estas Entidades privadas del

¹⁷⁹³ En relación con la problemática que implica la falta de normativa que específicamente regule las Entidades Instrumentales de la Administración Pública sometidas al Derecho Privado, ha señalado MONTROYA MARTÍN¹⁷⁹³ que “corresponde a los jueces una auténtica labor pretoriana que permita dotar de coherencia al menguado régimen jurídico al que se las somete por el legislador”. (MONTROYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas...*, op.cit., pg. 509). En particular, a los órganos judiciales corresponde aclarar la aplicación de las figuras de la sucesión de empresa, la cesión ilegal de trabajadores y la contratación laboral temporal irregular a las Entidades instrumentales de la Administración Pública sometidas al Derecho Privado, y en particular la figura del trabajador indefinido no fijo.

uso del programa informático de control de la gestión de los puestos de trabajo a que se hace referencia en dicho Capítulo 6, la imposición a dichas Entidades privadas del control previo por parte de los órganos de Intervención en lo referente a la contratación de personal, también en los términos del citado Capítulo 6, y la imposición a dichas Entidades privadas del deber de suministrar la información sobre cómo cubren sus puestos de trabajo en la Web unificada de la Administración General del Estado.

Ello implicaría entonces que cualquier ciudadano, consultando la página Web unificada de la Administración General del Estado, podría saber en todo momento cómo se están cubriendo los empleos en las sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público. Y esta transparencia obligaría *de facto* a los gestores de estas Entidades Instrumentales a tramitar los procesos selectivos correspondientes, con estrictos criterios de mérito y capacidad, así como a dar la necesaria publicidad a las convocatorias para que la libre concurrencia de la ciudadanía sea real.

Además, en el ámbito de los Organismos Públicos y las demás Entidades Instrumentales, inclusive las sociedades y fundaciones del Sector Público, se produce un intenso fenómeno de fraccionamiento de los procesos selectivos, ya que cada uno tramita sus propios procesos selectivos, lo cual aumenta el riesgo de diseño de procesos selectivos a medida de determinados candidatos favorecidos ilegítimamente. Además, tal y como se expone en el Capítulo 3 de esta tesis doctoral, este excesivo fraccionamiento imposibilita la libre concurrencia efectiva de los ciudadanos a los procesos selectivos, lo cual constituye una lesión del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad.

En cuanto se refiere a los denominados Organismos Reguladores o Administraciones Independientes, cabe efectuar similares conclusiones. Así, la Disposición Adicional Quinta del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone que el mismo se aplicará a los Organismos Reguladores de la Disposición Adicional Décima, 1 de la LOFAGE en la forma prevista en sus leyes de creación, ocurriendo que la mayoría de estas leyes específicas se limitan a establecer expresamente la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para la selección de su personal laboral, pero ni siquiera declaran aplicables a los mismos las reglas elementales del EBEP sobre acceso al empleo público, de manera que la proyección práctica de tales principios queda en manos de los gestores de dichos Organismos. Por tanto, es necesario extenderles las garantías analizadas en la presente tesis doctoral (Capítulos 2, 3, 4 y 6), especialmente lo referente a la imparcialidad del órgano de selección.

Existen en la doctrina opiniones intermedias, que postulan la vigencia “flexibilizada” de los principios de mérito y capacidad en las empresas públicas. Así, señalan GONZÁLEZ BIEDMA y CALVO GALLEGO que “también estas empresas, dado su carácter público, quedan obligadas, si bien de una forma más atenuada, al principio de igualdad en la ley e interdicción de la arbitrariedad. Sin

llegar al extremo de que el empresario público deba seguir estrictamente los principios de igualdad, mérito y capacidad, éstos han de ser tenidos en cuenta en la gestión de estas relaciones laborales, como manifestación del principio de interdicción de la arbitrariedad”.¹⁷⁹⁴ También señala MONTOYA MARTÍN que la normativa debería establecer el ingreso “con arreglo a criterios objetivos, aunque flexibilizados, en aras de salvaguardar el principio de eficacia”¹⁷⁹⁵ Sin embargo, la experiencia y la lógica demuestran que, o se postula la vigencia de los principios de mérito y capacidad a través de procedimientos selectivos rigurosos, o no existirá tal vigencia. Si las empresas públicas son Sector Público, ¿qué otros criterios pueden tenerse en cuenta para contratar personal que no sean el mérito y la capacidad?

Incluso se alude a la mayor participación de los representantes sindicales en la configuración y tramitación de los procesos selectivos. Así, entiende MONTOYA MARTÍN que la legislación debería implantar “un procedimiento de selección en el que se fijara la institucionalización de un órgano o comité para garantizar la transparencia y objetividad de los procesos de selección con la participación paritaria de representantes de la empresa y de los sindicatos”. Y añade que “quizás se pudiera dejar a la norma convencional la articulación y modulación concreta de las pruebas que a tal efecto se establezcan”.¹⁷⁹⁶ Como se ha expuesto en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral, entendemos que los sindicatos y los representantes unitarios de los empleados no tienen legitimación para intervenir en esta materia.

En la línea de extender a las Entidades Instrumentales de las normas de los procesos selectivos del personal de las Administraciones Públicas, se ubica la Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia, se declara aplicable a los Organismos autónomos, Agencias públicas autonómicas, Entidades públicas empresariales, Consorcios autonómicos, Sociedades mercantiles públicas autonómicas y Fundaciones del sector público autonómico.

Respecto de la selección del personal laboral de las Agencias públicas autonómicas, en su artículo 76 dispone que “le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección. b) Bases de las convocatorias. c) Pruebas de selección”.

Respecto de las Entidades públicas empresariales y consorcios autonómicos, la citada ley dispone que la selección “la realizará el centro directivo

¹⁷⁹⁴ GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGO, J., “Las relaciones de trabajo en las empresas públicas”, *RL*, nº. 10, 1992.

¹⁷⁹⁵ MONTOYA MARTÍN, E., *Las garantías de la instrumentalidad de las empresas públicas sometidas al derecho privado*, tesis doctoral, 1995, pg. 835.

¹⁷⁹⁶ MONTOYA MARTÍN, E., *Las garantías de la instrumentalidad...*, op.cit., pg. 835.

competente en materia de función pública y le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección. b) Bases de las convocatorias. c) Pruebas de selección”.

Respecto de las Sociedades mercantiles públicas autonómicas, establece que todas dispondrán de una plantilla, y que a la selección de su personal incluido en dicha plantilla, excepto el directivo, le serán de aplicación las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público relativas a la composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección, las bases de las convocatorias y las pruebas de selección.

Incluso para la contratación de personal laboral temporal, exige previa convocatoria mediante anuncio público y designación de una comisión de selección. Añade que la selección de este personal se realizará entre las personas incluidas en las listas de la Administración autonómica o, en su caso, a través de los servicios públicos de empleo. Alternativamente, las sociedades mercantiles autonómicas podrán excepcionalmente acogerse a un sistema de listas previo por categorías, contando con la autorización del centro directivo competente en materia de función pública y previa negociación con las organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública”.

También dispone que las sociedades mercantiles autonómicas deberán publicar en su página web “toda la información relativa a los procesos de contratación de personal, particularmente:

- a) Las bases íntegras de los procesos selectivos de personal temporal o fijo.
- b) Todos los anuncios y resoluciones que se produzcan en los procesos selectivos de personal, con la información necesaria para que los interesados puedan efectuar las reclamaciones pertinentes.
- c) Los listados de contratación temporal por categorías profesionales debidamente actualizadas.
- d) Las composiciones de los tribunales y de las comisiones de selección de personal, en su caso”.

En cuanto a las fundaciones del Sector Público autonómico, la mencionada ley dispone que la contratación de su personal laboral fijo está sujeta a “las disposiciones de la legislación gallega sobre empleo público y las normas reglamentarias que la desarrollen, relativas a: a) Composición y funcionamiento de los tribunales o comisiones de selección. b) Bases de las convocatorias. c) Pruebas de selección”.

A lo expuesto debe añadirse el riesgo, en los casos en que se ha seleccionado al personal de las Entidades Instrumentales sin respetar los principios de mérito y capacidad, de que, para favorecer una vez más a este personal, se tramiten procesos selectivos de acceso a la condición de funcionario o

personal laboral en la Administración Pública matriz, consignando como mérito relevante los servicios prestados en dichas Entidades Instrumentales.¹⁷⁹⁷

Otra cuestión relevante es que las Entidades Instrumentales con personalidad privada, a través de su personal laboral, no deberían de asumir funciones públicas cuyo ejercicio debe corresponder al personal funcionario (en virtud del artículo 9.2 EBEP y por imperativo constitucional) y que, en todo caso, no pueden ser desarrolladas por sociedades mercantiles. Este fenómeno de utilización de personal laboral en lugar de funcionario provoca un doble efecto muy pernicioso y de grave inconstitucionalidad: se ejercen funciones administrativas por personal que no es inamovible, lo cual afecta de forma drástica a su imparcialidad, y se eluden los procesos selectivos del personal funcionario, que, a pesar de sus imperfecciones, han sido en general más rigurosos que los procesos selectivos del personal laboral.

¹⁷⁹⁷ AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios...*, op. cit., pgs. 130 y 180.

CONCLUSIONES

A lo largo de los capítulos de la presente tesis doctoral hemos ido exponiendo nuestras conclusiones alcanzadas, que incluyen propuestas de *lege ferenda*. En el presente apartado se exponen de forma conjunta y más resumida dichas conclusiones, dando fin a este trabajo de investigación, al que tanto esfuerzo e ilusión hemos dedicado. Ahora estamos en posición de sintetizar nuestras reflexiones y de aportar algunas propuestas concretas para el necesario reforzamiento de los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, los cuales se ven menoscabados en nuestro país en tantas ocasiones.

1. El derecho de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos es un derecho fundamental

El derecho de acceso en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas es un derecho fundamental (artículo 23.2 CE) que viene predicándose de los empleos funcionariales. Lo mismo cabe decir respecto del derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público laboral, ya que se deriva directamente del principio de igualdad del artículo 14 CE, que tiene la naturaleza de derecho fundamental.

El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza no eventual comprende todos los empleos públicos de todas las Entidades, incluso privadas, pertenecientes al Sector Público, tal y como lo define el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo cual incluye al personal laboral de las Entidades Públicas Empresariales, Organismos Reguladores y sociedades y fundaciones del Sector Público. En cuanto al contenido de este derecho fundamental, podemos destacar lo siguiente:

- Incluye el derecho a la máxima predeterminación normativa posible del procedimiento de selección. En nuestra opinión, para evitar procesos selectivos *ad personam* es imprescindible reducir el margen de discrecionalidad que la ley deja al reglamento, así como el que el reglamento deja a las bases reguladoras de cada proceso selectivo, así como es necesario que dichas bases reguladoras sean lo suficientemente detalladas.

- Como ha señalado el Tribunal Constitucional, no cabe establecer requisitos discriminatorios para acceder a los empleos públicos, los únicos criterios para la selección son el mérito y la capacidad, y los requisitos deben establecerse en términos generales y abstractos y no mediante referencias individualizadas y concretas.

- No son admisibles los procesos restringidos. El Tribunal Constitucional los ha declarado admisibles cuando se trata de medidas de carácter transitorio y excepcional para resolver la situación singular derivada del nacimiento de las Administraciones autonómicas y la reforma del sistema educativo. Pero, a nuestro juicio, ha sido demasiado generoso, admitiendo procesos restringidos varias decenas de años después del nacimiento de dichas Administraciones.

- Entendemos que la igualdad en el acceso a los empleos públicos se traduce en determinados condicionamientos que afectan al sistema de selección, al órgano de selección y a las garantías de procedimiento.

- El Tribunal Constitucional viene entendiendo que, cuando la Administración Pública aplica un criterio ilegal, no existe desigualdad si lo ha aplicado a todos los participantes. Entendemos, sin embargo, que si a todos los participantes de un proceso selectivo se les aplica un criterio incorrecto, y su posición varía en función de esa incorrección, habrán recibido un trato desigual.

- A diferencia de lo expuesto por el Tribunal Constitucional, entendemos que este derecho fundamental, como tal, debería estar regulado por ley orgánica. Además, consideramos que sí tiene un contenido esencial integrado por una serie de garantías, tanto sustantivas (reglas sobre méritos baremables, requisitos de acceso, etc.), como procedimentales (procedimiento selectivo con publicidad, transparencia administrativa, reglas de designación de los miembros de los órganos de selección, etc.).

- Concluimos que, en general, no parece jurídicamente admisible la negociación colectiva sobre aspectos relacionados con la selección de empleados públicos, porque los sindicatos y los representantes unitarios de los empleados públicos no parecen ostentar un interés legítimo para intervenir en esta materia, por lo que, en definitiva, entendemos que la posibilidad de negociación colectiva sobre dicha materia debería ser suprimida por ley. Otra cuestión será el papel de los sindicatos en relación con los procesos de promoción interna, donde sí se ven afectados los intereses del personal ya contratado.

2. Conclusiones sobre los sistemas de selección de acceso al empleo público

Los principios de igualdad, mérito y capacidad se vertebran a través de cada procedimiento selectivo, por lo que concluimos que resulta determinante la configuración del sistema de selección.

Por lo que se refiere al sistema de oposiciones, se le ha calificado como obsoleto, defendiendo la introducción de nuevas técnicas propias de la empresa privada (entrevista personal, análisis del currículum, etc.). Ciertamente, puede reducirse el carácter excesivamente memorístico de las oposiciones, pero las pruebas de conocimientos son imprescindibles. Además, buena parte de la

ineficiencia proviene de la lentitud con la que se tramitan por las Administraciones Públicas los procesos selectivos. Asimismo, la atribución a los dirigentes políticos de una gran discrecionalidad para configurar los procesos selectivos mediante la introducción de esas nuevas técnicas, permite el diseño de procesos selectivos *ad personam*. Otra cosa es que, dentro de unas garantías procedimentales estrictas de imparcialidad, sí se introduzcan este nuevo tipo de pruebas.

Entendemos, en primer lugar, que el sistema selectivo, especialmente en los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales superiores, debería reunir los siguientes requisitos:

- En cuanto a las pruebas de conocimientos, debería valorarse la capacidad de aprendizaje y análisis, y añadirse conocimientos de idiomas extranjeros y sobre nuevas tecnologías de la información aplicadas al Sector Público.

- Deberían valorarse las habilidades para identificar y resolver problemas, liderazgo sobre personas y equipos y capacidad de toma de decisiones, así como cualidades personales, tales como responsabilidad, sentido ético y de la justicia y resistencia al stress y la frustración, lealtad a los valores constitucionales y capacidad de autocrítica.

En los demás Cuerpos funcionariales y Categorías laborales cabe exigir algo similar, si bien ajustando los conocimientos técnicos y las habilidades y competencias a las exigencias propias de dichos Cuerpos y Categorías.

Concluimos que debe reducirse el excesivo carácter memorístico de las pruebas, y prohibir las pruebas de cultura general no relacionadas directamente con las funciones propias del Cuerpo o Categoría. Asimismo, entendemos que la ley debería prohibir la utilización de memorias en los procesos de selección para el acceso al empleo público.

En cuanto al sistema de concurso-oposición, continúan cometiéndose graves infracciones de los principios de mérito y capacidad con el objetivo de favorecer ilegítimamente a personas o colectivos determinados, a través de prácticas fraudulentas, tales como la rebaja en el rigor de las pruebas de conocimientos, las entrevistas con un gran margen de subjetivismo, y la sobrevaloración de la fase de concurso o de determinados méritos. Entendemos que estas prácticas irregulares no se deben solamente a la práctica de los gobernantes y gestores, sino también a la legislación defectuosa, que carece de suficientes mecanismos de garantía. Por ello, entendemos que sería necesario implantar las siguientes medidas legislativas:

- 1.- Para asegurar el rigor de las pruebas de conocimientos en la fase de oposición, la ley debería prohibir que se tengan por superadas las pruebas tipo test con menos del 50% de las preguntas acertadas. Asimismo, la ley debería establecer los mecanismos necesarios para asegurar la imparcialidad del órgano que diseña y elabora las pruebas de conocimientos. También la ley debería imponer la celebración de la fase de oposición y de las pruebas complementarias

(como entrevistas) en primer lugar, y después la fase de concurso, para evitar riesgos de favoritismo en la elaboración y corrección de las pruebas. I

2.- En cuanto a la fase de concurso, la ley debería regular expresamente en qué casos procede el concurso-oposición, fijar expresamente el valor asignable a la fase de concurso (en todo caso fijando el límite del 30% de la valoración global), prohibir el denominado sistema mochila, y fijar unas reglas mínimas sobre baremación de méritos, tales como las siguientes:

- Atribuir mayor valor en los baremos a los méritos generales, e imponer la baremación de los méritos que por naturaleza lo son. Así, valorar el expediente académico al menos en un 10% del baremo, baremar los ejercicios superados en convocatorias anteriores, y, en los Grupos A1 y A2, baremar el título de doctor, otras licenciaturas, master, y las becas relacionados con el proceso selectivo.

- En cuanto a la valoración de la experiencia profesional, la ley debería fijar expresamente el porcentaje máximo de puntuación atribuible a los servicios prestados, dentro del baremo total de méritos, prohibir expresamente la valoración de los servicios prestados como eventual o en virtud de contrato administrativo, así como prohibir la atribución de mayor puntuación a los servicios prestados en el propio Ente convocante que a los prestados en otros Entes del Sector Público. La ley también debería establecer expresamente que los servicios prestados solamente podrán ser valorados si se ha accedido a la situación de interino o laboral temporal por medio de convocatoria pública publicada en Boletín Oficial y con la tramitación de un procedimiento de selección competitivo basado en los principios de mérito y capacidad.

- En cuanto a los cursos, la ley debería establecer reglas que aseguren que se trata de cursos con un mínimo de rigor tanto en su contenido como en la efectiva realización por el interesado. Y debería prohibir la atribución de distinta puntuación a los cursos de formación en función de la Administración Pública que los imparta.

3.- Respecto de las pruebas complementarias del artículo 61.5 EBEP (entrevistas, pruebas psicotécnicas, etc.), entendemos que debe asegurarse la imparcialidad del órgano de selección, puesto que, cuanto más subjetivas y valorativas sean las técnicas, más riesgo de favoritismo hay. De acuerdo con su carácter complementario, la ley debería aclarar expresamente que no serán eliminatorias, excepto en casos excepcionales (como el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado) que también deben venir establecidos por ley. Además, entendemos que la ley debería fijar el porcentaje máximo de valoración de estas pruebas complementarias, para que no sean determinantes del resultado del proceso selectivo, siendo razonable que no superen un 20 % (o incluso, en el caso de la entrevista, un 10%) de la nota global del proceso selectivo. Y la ley debería exigir expresamente que en las bases reguladoras del proceso selectivo se

expresasen las competencias específicas que van a ser analizadas y el método para valorarlas.

Por otro lado, y respecto de los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales referidos a empleados públicos de carácter general (como los auxiliares administrativos, titulados superiores y medios, que en esencia tienen las mismas funciones en cualquier Administración Pública o Ente del Sector Público), consideramos que es necesario unificar los procesos selectivos, que actualmente se encuentran excesivamente fraccionados, como es el caso de las Entidades Locales, Universidades, Agencias Administrativas, sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, Consorcios, etc.

Y ello porque, a nuestro juicio, este fraccionamiento lesiona el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad, mérito y capacidad al empleo público. Esta lesión se produce porque el excesivo fraccionamiento de los procedimientos selectivos para puestos de trabajo sustancialmente idénticos afecta al principio de mérito y capacidad, pues se exigen niveles de conocimiento, pruebas y méritos muy distintos. Asimismo, limita *de facto* el derecho a concurrir libremente a los procesos selectivos, porque no es posible prepararse pruebas y temarios tan heterogéneos, lo cual no se justifica si los puestos de trabajo son sustancialmente idénticos.

Para poner fin a la citada fragmentación de procesos selectivos, concluimos que procedería la realización de procesos selectivos de ámbito estatal o autonómico, de modo que todas las plazas a cubrir (por ejemplo, en el total de Entidades Locales) se acumularan en una sola Oferta de empleo público anual y se tramitara un único proceso selectivo (por la Administración Pública estatal o autonómica), homogeneizándose la preparación de las pruebas selectivas. Este proceso podría consistir en un proceso bifásico similar al de habilitación estatal que ya existe en los Cuerpos de Interventores y Secretarios de los Entes Locales. Así, la primera fase, con pruebas de conocimientos, sería tramitada por el Estado (o, en su caso, Comunidad Autónoma), y en la segunda fase, de concurso para la asignación de los destinos concretos, tendría alguna intervención cada Ente afectado.

Entendemos que esta unificación de procesos selectivos no lesionaría en ningún caso la autonomía local, de igual forma que no se entiende lesionada dicha autonomía local por la existencia del procedimiento de habilitación estatal para los Secretarios e Interventores de Ayuntamiento. Asimismo, tampoco se entiende lesionada la autonomía universitaria por la existencia de una acreditación nacional para el personal docente universitario.

En cuanto a los Organismos Públicos dependientes de las Administraciones Públicas, entendemos que deberían tomar sus efectivos de los efectivos de personal suministrados por los procesos selectivos de la Administración Pública de la que dependan (estatal, autonómica o local), de manera que dichos Organismos no tramitarían los procesos selectivos. Otra cosa es que el Organismo Público

cuenta en exclusiva con determinado tipo de personal por razón de especialización técnica, como ocurre con los Inspectores de Hacienda o los Agentes Tributarios, o los Inspectores de Trabajo, que cuentan con su propio procedimiento de selección.

Otro de los más graves problemas en el acceso al empleo público es la existencia de los procesos de consolidación de empleo temporal, los cuales además constituyen un proceso repetitivo, debido a que de forma cíclica se generan enormes bolsas de empleo temporal que después presionan para su consolidación por procedimientos menos respetuosos con los principios de mérito y capacidad. Por tanto, en primer lugar, entendemos que resulta necesario establecer normas contundentes y bien detalladas que impidan la contratación de personal temporal y su prórroga irregular, fuera de los casos estrictamente necesarios. Y, por lo que se refiere a la actual masa de empleados públicos temporales ya generada, entendemos que la ley debería establecer las siguientes reglas legales, claras y concretas, sobre el diseño de estos procesos selectivos:

- Prohibir la utilización del sistema de concurso.
- Asegurar la realidad de la fase de oposición: que sea eliminatoria, prohibir el sistema mochila, exigir una nota mínima de 5 sobre 10 en las pruebas de conocimientos y, en particular, en las pruebas tipo test contestar acertadamente al menos el 50% de las preguntas, prohibir que la fase de oposición pueda consistir en una memoria o en una entrevista y, especialmente, asegurar la imparcialidad del órgano que elabora y valora las pruebas de conocimientos.
- Entendemos que debería suprimirse la regla de la Disposición Transitoria 4ª EBEP que establece que *“el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria”*, para evitar que se exijan conocimientos sobre programas informáticos u otras cuestiones que son desconocidos fuera del Ente convocante. Y también debería suprimirse la regla de la Disposición Transitoria 4ª EBEP que establece que podrá valorarse, *“el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria”*, porque permite baremar la antigüedad, sin tener en cuenta que los servicios prestados hayan estado relacionados con el Cuerpo funcional o Categoría laboral a la que se aspira, y parece que permite atribuir mayor puntuación a la experiencia en el desempeño precisamente de los puestos de trabajo objeto de la convocatoria, lo cual favorece a quienes los han desempeñado frente a quienes han desempeñado puestos de idéntica naturaleza a aquéllos, pero en otras Administraciones o Entes.

Otra situación poco acorde con la igualdad en el acceso al empleo público viene constituida por los procesos de funcionarización. En particular, concluimos que la ley debería asegurar que estos procesos solamente se utilicen en casos en que las funciones desempeñadas por el personal laboral fijo sean atribuidas en

exclusiva al personal funcionario por una ley promulgada con posterioridad a la contratación de dichos trabajadores. Así, en el caso de la Administración General del Estado, debería tratarse del personal laboral fijo que fue contratado antes de la Ley 23/1988, y en el caso de las Comunidades Autónomas, del personal laboral fijo que fue contratado antes de la respectiva ley autonómica que haya asignado sus funciones al personal funcionario. Esto determina la necesidad de derogar el tenor literal de la Disposición Transitoria Segunda EBEP, que se refiere al *“personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha”*.

Asimismo, a nuestro juicio, la ley debería establecer que solamente procederán los procesos de funcionarización en los casos en que se trate de funciones reservadas por ley en exclusiva al personal funcionario, no en aquellos casos en que la ley permita desempeñarlas también al personal laboral. Y finalmente, entendemos que la ley debería prohibir expresamente que se apliquen los procesos de funcionarización al personal laboral indefinido no fijo, porque el Estatuto de los Trabajadores no les atribuye fijeza real (según resulta de su Disposición Adicional 15ª).

3. Conclusiones sobre los órganos de selección: especialización técnica e imparcialidad

La configuración de los órganos de selección forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos de naturaleza no eventual, ya que, para el respeto de dicho derecho fundamental, es imprescindible que dichos órganos realicen la selección basándose exclusivamente en los criterios de mérito y capacidad. Y para ello es indispensable que sus miembros sean imparciales y especializados. Entendemos que la legislación básica actual (artículo 60 EBEP) no satisface estas exigencias, siendo preciso dictar normas más concretas. En particular, en relación con la especialización técnica, concluimos que la ley debería exigirla expresamente a todos y cada uno de los miembros de los órganos de selección, y debería establecer lo siguiente:

- Todos los miembros serán personal funcionario o, en el caso de empleos laborales, funcionarios o personal laboral.

- No podrán formar parte del órgano de selección personas con empleo público de inferior Grupo o categoría a los empleos objeto del proceso selectivo.

- Todos los miembros del órgano de selección tendrán titulación de igual o superior nivel a la que se exige para ingresar en el Cuerpo o Escala profesional o en el puesto de trabajo laboral de que se trate.

- Todos los miembros tendrán formación en la misma área de conocimientos a la que pertenecen las plazas convocadas.

- Parece conveniente que la ley establezca que no más de la mitad de los miembros pertenecerán al Cuerpo o categoría laboral convocada, pudiendo completarse el resto de miembros, por un lado, con personas pertenecientes a Cuerpos o categorías laborales homólogas pero de otras Administraciones Públicas o Entes del Sector Público, y, por otro lado, con personas perteneciente a otros Cuerpos o categorías laborales del mismo Ente convocante (por ejemplo, un Letrado en un proceso selectivo del Cuerpo Superior de Administradores).

Respecto a la imparcialidad, y en cuanto a las exclusiones para formar parte del órgano de selección, concluimos que el artículo 60 EBEP debería ser reformado en el siguiente sentido:

- Debería aclarar que dentro del personal de elección política se incluyen los Alcaldes y demás miembros electos de las Corporaciones Locales, y que dentro del personal de designación política se incluyen los Altos Cargos.

- Debería añadir las siguientes exclusiones:

- El personal laboral temporal y al personal estatutario temporal.

- Las personas designadas o propuestas por las organizaciones sindicales, los órganos unitarios de representación del personal y las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.

- Los delegados sindicales y los miembros de los órganos unitarios de representación del personal y las personas que ostenten cargos en los sindicatos o en las asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos.

- Las personas designadas por los Colegios Profesionales (salvo que lo fueran por sorteo entre los miembros del censo profesional).

- Las personas que hayan participado en la preparación de aspirantes en los últimos cinco años.

- El personal directivo de las Administraciones Públicas y Entes públicos y privados del Sector Público.

- Las personas que actúen en representación de otros Entes distintos del Ente convocante.

Además, concluimos que la designación libre de los miembros del órgano de selección por la Administración o Ente convocante no es la más adecuada para asegurar que los miembros del órgano de selección serán totalmente imparciales, por lo que entendemos más adecuado que su designación se realice a través de la técnica del sorteo o insaculación. Y la lista de personas entre las que se celebre el sorteo debería ser configurada de manera imparcial y objetiva. Respecto de los

miembros del órgano de selección que deban ser empleados públicos y pertenecer a un determinado Cuerpo funcional o Categoría laboral, se podría acudir al censo de personal oficialmente configurado. En cuanto a los demás miembros que deban pertenecer a alguna categoría profesional o técnica, la lista se podría formar también automáticamente, por analogía con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para los peritos, es decir, acudiendo a la lista suministrada por Colegios Profesionales o Asociaciones Profesionales. Además, la ley debería incluir expresamente la regla de que los profesionales designados no hayan prestado servicios ni tenido relación contractual con la Administración Pública o Ente convocante en los últimos cinco años.

Finalmente, concluimos que la composición del órgano de selección ha de estar determinada en la convocatoria del proceso selectivo, donde, en particular, se debe expresar nominativamente quiénes son los miembros de dicho órgano, así como indicar también el cargo o puesto que ostentan, la condición profesional que tienen (por ejemplo, Cuerpo funcional al que pertenecen) y el título académico que poseen, pues ello es lo que justifica su consideración como personas con capacidad técnica.

Además, en los casos en que existen pocos efectivos pertenecientes a la Administración Pública o Ente convocante que puedan formar parte del órgano de selección, entendemos que resulta aún más necesario que se establezca que la mitad más uno de los miembros serán designados entre efectivos no pertenecientes al Ente convocante.

La doctrina ha hecho referencia a la posible externalización de los miembros de los órganos de selección de las Administraciones Locales, debido a que suele haber estrechos y numerosos lazos y vinculaciones personales entre los miembros del órgano de selección y los aspirantes, o entre tales miembros y las autoridades convocantes y de éstas con los aspirantes, por lo que la solución para evitar favoritismos parece que estaría en externalizar los miembros del órgano de selección. Las mismas reglas expuestas, y por identidad de razón, entendemos que habrían de regir para los Organismos Públicos y para los Entes Privados del Sector Público.

Incluso hemos expuesto que podría ser más adecuada no ya la externalización de los miembros de los órganos selectivos, sino la propia externalización de los procesos de selección de las Administraciones Locales, Organismos Públicos y Entidades privadas del Sector Público, porque, como se ha indicado, es necesario eliminar el excesivo fraccionamiento de dichos procesos selectivos.

Finalmente, consideramos que es un contrasentido que los órganos de selección se sirvan de expertos técnicos para asesorarles, con voz pero sin voto, porque ello no tiene sentido si el órgano de selección ha de estar compuesto de especialistas técnicos en la materia objeto del proceso selectivo. Otra cosa será que, para la realización de entrevistas de personalidad o pruebas psicotécnicas,

sean necesarios profesionales de Psicología o especialidades similares, en cuyo caso entendemos que la legislación debería atribuir la realización de estas pruebas a dichos profesionales, y disponer que su dictamen o valoración sea vinculante para el órgano de selección, que no es especialista en dicha materia. Y, en tal caso, no debería admitirse que los expertos que elaboran o diseñan estas pruebas o las realizan, sean designados mediante un contrato administrativo de servicios libremente adjudicado por la Administración Pública o Entidad convocante. Asimismo, entendemos que el proceso de designación de empresas para la realización de pruebas psicotécnicas o test de personalidad o entrevistas, debe ser igualmente objetivo.

4. Conclusiones sobre la selección del personal laboral fijo

Nuestra primera conclusión en este aspecto es que los principios constitucionales de mérito y capacidad son aplicables a la selección del personal laboral, no solo de las Administraciones Públicas, sino de todo el Sector Público, pues así resulta del principio de igualdad (que también es derecho fundamental) de los artículos 14 de la Constitución y 55 del EBEP. Sin embargo, entendemos que la legislación actual no contiene suficientes mecanismos para asegurar esto, siendo su contenido inferior al de la normativa sobre personal funcionario, lo cual carece de fundamento. En definitiva, concluimos que deberían aplicarse a ambas clases de personal las mismas reglas sobre el proceso selectivo, en particular todo lo expuesto en el presente trabajo de investigación sobre sistemas de selección (Capítulo 3), órganos de selección (Capítulo 4), cobertura de puestos (Capítulo 6) y garantías procedimentales y de transparencia (Capítulo 7).

Asimismo, entendemos que no debería ser posible regular esta materia mediante convenio colectivo, ya que, como se analiza en el Capítulo 2 de esta tesis doctoral, no parece posible admitir la negociación colectiva sobre esta materia.

Por otro lado, entendemos que es nula la contratación de personal laboral para desempeñar funciones adscritas a funcionarios en la correspondiente RPT. Asimismo, consideramos que el EBEP no debería guardar silencio sobre los efectos que se derivan cuando el contrato laboral es declarado nulo por infracción de la normativa sobre acceso al empleo público (por ejemplo, en caso de nulidad del proceso selectivo). Entendemos que en tal caso el contrato laboral es nulo, por lo que no procede indemnización fundamentada en la extinción de contrato laboral en virtud de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, sino solamente el percibo de las retribuciones devengadas por el trabajo efectivamente prestado (de acuerdo con el artículo 9.2 ET) y la indemnización que corresponda por los daños efectivamente causados a la persona afectada. Y entendemos que la sentencia que declare la nulidad de las actuaciones administrativas preparatorias o de la voluntad contractual del Ente contratante (por irregularidad o falta de dichas

actuaciones) debe también declarar la nulidad del contrato laboral, produciéndose *ipso iure* las consecuencias jurídicas de dicha nulidad, sin que sea preciso acudir a la jurisdicción social para obtener otra sentencia que se limite a dar por extinguido el contrato laboral. Así debería indicarlo expresamente el EBEP, atendidas las diferentes interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales existentes al respecto.

En cuanto se refiere a la contratación de Empresas de Trabajo Temporal por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, entendemos que podría considerarse contraria a los principios de igualdad, mérito y capacidad que rigen el acceso al empleo público, y ello aunque los trabajadores cedidos continúen teniendo su contrato laboral con la ETT y no directamente con la Administración Pública. En efecto, cuando la Administración Pública acude a la ETT, el servicio que ésta presta es una mera cesión de trabajadores, y es la Administración Pública quien ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores, tiene la organización de medios necesaria para realizar la tarea de que se trate, y los trabajadores de la ETT cedidos equiparan sus condiciones laborales a las del personal laboral de la Administración Pública. Por tanto, se diluyen las diferencias entre los trabajadores cedidos y el personal laboral temporal propio de la Administración Pública. En conclusión, la ley que autoriza la utilización de las ETT en el Sector Público podría considerarse inconstitucional.

Finalmente, en cuanto se refiere a la externalización de servicios (de carácter interno o bien servicios públicos) por parte del Sector Público, concluimos que, cuando la externalización sea posible por respetar los límites legales que le vienen impuestos (límites estos que al menos están integrados por la reserva de funciones al personal funcionario y la prohibición de contratar funciones en que se ejercite autoridad), en tal caso entendemos que no parece que se vulneren los principios de igualdad, mérito y capacidad, ya que la Administración Pública o Ente del Sector Público puede optar discrecionalmente por realizar el servicio con su propio personal o bien contratarlo con un tercero. Y, en este último caso, los trabajadores de la empresa contratista no son empleados de la Administración Pública o Ente contratante.

5. Conclusiones sobre la cobertura de las necesidades permanentes de personal mediante personal funcionario de carrera y laboral fijo

Entendemos que de poco sirve disponer de sistemas y órganos de selección adecuadamente regulados para seleccionar personal funcionario de carrera y laboral fijo, si las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público pueden utilizar otro tipo de personal para cubrir sus necesidades permanentes o estructurales, eludiendo así estos sistemas y órganos de selección. Esta circunstancia acaba provocando en definitiva la lesión del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad del resto de ciudadanos.

A este respecto, la RPT y la OEP son herramientas imprescindibles, porque permiten diseñar y conocer qué puestos de trabajo tienen las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público, con qué tipo de personal los cubren, y si son ofertados para su cobertura mediante publicidad y libre concurrencia. En particular, en caso de que el puesto de trabajo no figure en la RPT, consideramos que el legislador debería establecer expresamente la nulidad del proceso selectivo y del contrato laboral o nombramiento funcional subsiguiente, con el cese inmediato del personal así contratado.

La excesiva temporalidad en el empleo público constituye una de las principales irregularidades en la cobertura de necesidades permanentes, y acaba produciendo una lesión continua del derecho fundamental de igualdad en el acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, por lo que al resto de ciudadanos se refiere. Así, los empleados temporales se perpetúan en los puestos de trabajo sin haber superado el proceso selectivo propio del personal fijo (que es más exigente en cuanto a los requisitos de mérito y capacidad), y luego obtienen puestos fijos mediante procesos selectivos de consolidación que ya hemos visto que suelen ser lesivos de los principios de mérito y capacidad. A nuestro juicio, el EBEP ni siquiera ha introducido la mayoría de los mecanismos y garantías propuestos en el Informe de la Comisión de Expertos, presentando serias deficiencias. Así pues, concluimos lo siguiente:¹⁷⁹⁸

1.- El EBEP debería establecer la obligación para cada Administración Pública o Entidad del Sector Público de fijar un porcentaje máximo de personal temporal (tanto funcionario como laboral) sobre el volumen total de efectivos, (que, en términos razonables, podría ser como máximo el 8% global) y, para el caso de que no lo fije, establecer subsidiariamente la aplicación de un porcentaje concreto (que sería como máximo dicho 8%). El legislador también debería indicar expresamente que, alcanzado dicho porcentaje máximo, no se podrán realizar nuevas contrataciones ni nombramientos de empleados públicos temporales, y declarar que dichos nombramientos y contrataciones, en caso de realizarse, serán nulos, implicando el cese inmediato de las personas contratadas o nombradas.

2.- Respecto de los límites a la duración de los empleos públicos temporales, concluimos lo siguiente:

- En cuanto al personal funcionario interino por sustitución, valoramos positivamente lo dispuesto en el artículo 10.4 EBEP, que

¹⁷⁹⁸ Debemos aclarar que las medidas que proponemos aquí deben ir acompañadas de una reforma de las relaciones de puestos de trabajo que haga más flexibles, genéricas y polivalentes las descripciones de los puestos de trabajo, de manera que el personal estable (funcionario de carrera y laboral fijo) del que se disponga sea susceptible de ser destinado a las nuevas necesidades que van surgiendo en cada momento, o se le puedan asignar tareas distintas cuando sea conveniente (siempre dentro de las correspondientes al Cuerpo o Categoría). Ejemplo de ello podrían ser los denominados "negociados de tramitación", que implican la tramitación de cualquier procedimiento administrativo en relación con aquellas actuaciones que estén dentro de las funciones asignables al Cuerpo funcional de que se trate.

establece que las plazas vacantes desempeñadas por este personal deberán ser incluidas en la OEP correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Pero entendemos que sería conveniente que dicho artículo aclarase que si, por causa de las limitaciones que imponen las Leyes de Presupuestos Generales del Estado a la OEP, no pueden incluirse en ella dichas plazas, entonces procederá su amortización.

Por otra parte, concluimos que la medida del artículo 10.4 EBEP no va acompañada de los mecanismos legales que aseguren su cumplimiento. Por ello, la ley debería añadir que los funcionarios interinos serán cesados en todo caso en el plazo de dos años desde su nombramiento de interinidad (regla que impediría la perpetuación de estos funcionarios interinos en caso de que la Administración Pública no cumpliera la obligación de incluir las plazas en la OEP o amortizarlas).

- En cuanto al artículo 10.1 c) y d) EBEP, que admite también el nombramiento de personal funcionario interino para la ejecución de programas temporales y el exceso o acumulación de tareas, consideramos desafortunado que no haya fijado la duración máxima de la interinidad por ejecución de programas. Además, entendemos que el EBEP no establece mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento de la duración máxima de estas interinidades, pues no resulta aplicable el mecanismo del artículo 10.4 EBEP. Entendemos por ello que sería conveniente que el EBEP estableciera que el nombramiento de personal funcionario interino para la ejecución de programas temporales no podrá exceder de dos años.

- En cuanto a los contratos laborales temporales, las propias normas de duración de estos contratos plantean problemas interpretativos y aplicativos. Así, el Real Decreto 2720/1998 establece que el contrato temporal de interinidad por vacante (sin reserva del puesto para el titular) se extingue por el transcurso del plazo que resulte de aplicación al proceso de selección en la Administración Pública. Pero puede haber Administraciones que no tengan regulado este plazo, o que no incluyan la plaza en la OEP o no tramiten el proceso selectivo, con lo cual el personal laboral interino se eterniza en el puesto de trabajo. Además, por identidad de razón, procedería que el EBEP estableciera la misma regla de su artículo 10.4 para el personal laboral.

- En el caso de los trabajadores que, por irregularidades en la contratación temporal, se convierten en personal laboral indefinido no fijo, entendemos que el EBEP debería disponer que, declarado así judicialmente, se les asignarán plazas de la RPT, las cuales deberán ser incluidas necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal laboral fijo o en la primera Oferta de empleo público que se apruebe, o bien ser amortizadas. Y también debería

establecer la ley que dicho personal será cesado, en todo caso, en el plazo de dos años desde la declaración judicial de indefinición de su contrato.

3.- En cuanto a la utilización de personal temporal de forma rotativa para cubrir necesidades permanentes, cabe señalar lo siguiente. En cuanto a la interinidad funcional por ejecución de programas y por exceso o acumulación de tareas, el EBEP ni siquiera les fija una duración máxima, ni prohíbe la reiteración de programas temporales con el mismo objeto. En cuanto al personal laboral, el segundo párrafo del artículo 15.5 ET no prohíbe dicha rotación, sino que atribuye a la negociación colectiva la posibilidad de establecer requisitos para evitar el abuso en la contratación rotativa de trabajadores temporales para cubrir el mismo puesto de trabajo, lo cual es una difícil tarea. Y, además, establece que lo dispuesto en dicho apartado no será de aplicación a la utilización de los contratos de interinidad, por lo que la ley incluso excluye la posibilidad de que la negociación colectiva limite la rotación en este caso.

Entendemos que debería evitarse la rotación de distintos empleados públicos temporales sobre un mismo puesto de trabajo o programa temporal, y consideramos que para conseguirlo, sería necesario que el EBEP estableciera lo siguiente:

- En el caso de las interinidades funcionariales por vacante (sin titular con derecho a reserva del puesto), sería conveniente que estableciera que una plaza no podrá ser ocupada interinamente por uno o varios funcionarios interinos durante más de dos años.

- También sería conveniente extender al personal laboral temporal la regla del artículo 10.4 EBEP, y establecer que una plaza no podrá ser ocupada interinamente por uno o varios trabajadores temporales durante más de dos años.

- Asimismo, sería útil establecer la prohibición de efectuar el nombramiento de personal funcionario interino ni laboral temporal para programas que reproduzcan un programa temporal anterior, sino que las tareas correspondientes al nuevo programa habrán de ser desempeñadas por el personal funcionario de carrera o laboral fijo (según proceda en cada caso).

4.- Otro supuesto problemático es el encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona. En el ámbito de los funcionarios interinos, el encadenamiento de interinidades no está expresamente prohibido. En el ámbito laboral, el artículo 15.5 ET permite que un mismo trabajador encadene contratos laborales de interinidad que superen los límites temporales del artículo 15.5 ET. Lo expuesto contribuye a que estos funcionarios y trabajadores reclamen luego procesos de consolidación lesivos de los principios de mérito y capacidad. Al respecto, entendemos que sería más adecuado que el EBEP adoptase una de estas dos medidas: o bien prohibir el encadenamiento de relaciones temporales por una misma persona, más allá de un determinado límite temporal (incluso en el

caso de que pudieran corresponderle dichos nombramientos o contratos en virtud de las reglas de las bolsas de trabajo temporal o procesos selectivos de acceso al empleo público temporal); o bien prohibir los procesos de consolidación de empleo temporal, tal como los diseña la citada Disposición Transitoria 4ª del EBEP.

5.- Por otro lado, los principios de igualdad, mérito y capacidad pueden verse también lesionados por el uso abusivo de la contratación de personal eventual de confianza o especial asesoramiento, regulado en el artículo 12 EBEP, que, a nuestro juicio, no ha establecido garantías suficientes para atajar estos abusos:

- En primer lugar, sería necesario que la ley evitara el nombramiento de excesivo número del personal eventual, más allá de lo realmente necesario. El artículo 12 EBEP ha dispuesto que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que puedan disponer de personal eventual serán los que establezcan su número máximo, y ello creemos que podría no ser suficientemente garantista, ya que son los titulares de estos órganos los que pueden abusar de la contratación de personal eventual con criterios de favoritismo. Consideramos que sería más adecuado que el EBEP estableciera que por ley (estatal o autonómica) se fije el número máximo de personal eventual en cada Administración Pública y, para el caso de que no se fije, el propio EBEP debería contener unas reglas exactas para su fijación, teniendo en cuenta el tipo de Administración Pública de que se trate, y criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo.

- También debería asegurarse mejor que el personal eventual no es utilizado para realizar funciones que no le corresponden. Y para ello es preciso delimitar más claramente las funciones de este tipo de personal. Así, entendemos también que el artículo 12 EBEP debería disponer expresamente que este personal no podrá realizar actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico ni desempeñar puestos de trabajo estructurales y permanentes, y que, en particular, no podrá desempeñar puestos de trabajo adscritos al personal funcionario ni laboral, ni podrá realizar funciones propias del personal directivo. También debería disponer que todos los puestos de trabajo que pueda desempeñar el personal eventual deban figurar en la RPT, para que así pueda conocerse el volumen y ubicación de estos puestos de trabajo en la estructura administrativa.

- En cuanto a la transparencia, el EBEP exige únicamente que se publique *“el número máximo”* de personal eventual establecido por el respectivo órgano de gobierno, así como *“las condiciones retributivas”*. Entendemos que la ley también debería establecer la obligación de publicar, en el correspondiente Boletín Oficial, los nombramientos de

personal eventual, las retribuciones que perciben y su dedicación así como de publicar en la Web oficial el número máximo de personal eventual y su número real, y el listado de personal eventual, con identidad y retribuciones individuales. Y, como refuerzo, disponer que el programa informático de gestión de personal controle estas publicaciones, y que los órganos de Intervención no fiscalizarán de conformidad el pago de las retribuciones del personal eventual en tanto en cuanto no conste dicha publicación.

6.- Otra realidad que viene produciéndose es la utilización de contratos administrativos de servicios que encubren relaciones laborales o que tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario. Este uso del contrato administrativo no solamente vulnera los derechos del trabajador (duración y extinción del contrato laboral, retribuciones mínimas, cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.), sino que además no es respetuoso con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos, ya que las funciones y tareas públicas (que deben ser realizadas por personal funcionario o laboral) son realizadas por personas que no han superado el correspondiente proceso selectivo para ocupar un empleo público (funcionarial o laboral, ya sea fijo o temporal).

Concluimos que el EBEP debería establecer expresamente que cuando se declare la naturaleza laboral de un contrato administrativo, la relación laboral deberá ser simultáneamente declarada nula, por no haberse constituido mediante el proceso selectivo legalmente establecido para celebrar contratos laborales temporales o fijos. Igualmente, si el contrato administrativo tenía por objeto tareas reservadas al personal funcionario, entendemos que el EBEP debería añadir que la relación laboral subyacente también será nula por vulnerar la reserva de funciones a favor del personal funcionario.

Adicionalmente, la declaración judicial de que un contrato administrativo de servicios encubre una relación laboral conlleva, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la aplicación de la figura del trabajador laboral indefinido no fijo. Esta figura acaba dando lugar a la consolidación de hecho de este tipo de trabajadores, que no han superado el correspondiente proceso selectivo para adquirir fijeza, pero que se eternizan en el puesto de trabajo, debido a que la ley (Disposición Adicional 15ª ET) deja en manos de la Administración Pública (o Ente del Sector Público de que se trate) la decisión de tramitar el proceso competitivo para cubrir la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo.

Además, entendemos que, en estos casos, una vez declarada la nulidad de la relación laboral por sentencia o resolución administrativa, no procede aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo, sino que, por tratarse de casos de nulidad radical, procedería el cese inmediato de la prestación de servicios, si bien con el pago de los servicios prestados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores. Teniendo en cuenta las distintas interpretaciones

existentes al respecto, consideramos que sería necesario que el EBEP así lo estableciera expresamente. No obstante, entendemos que quizás, sin perjuicio de lo expuesto, la ley debería reconocer una indemnización al trabajador afectado en estos casos de nulidad, especialmente a los efectos de que este régimen jurídico se considere ajustado a la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada.

7.- Para asegurar todo lo expuesto, concluimos además que sería necesario que la ley estableciera un conjunto de garantías procedimentales, entre las que figurasen los siguientes mecanismos:

A) La ley debería prever expresamente la imposibilidad de celebrar o prorrogar el contrato laboral temporal mientras no exista un certificado emitido por el órgano contratante que exponga el historial de contrataciones de la persona afectada en la Administración Pública o Entidad que pretende celebrar el contrato, y en el que figure también el porcentaje exacto de temporalidad existente en ese momento en la Administración o Ente de que se trate, y si dicho porcentaje es superior al máximo legal.

También la ley debería exigir un informe emitido por el órgano de asesoramiento legal de dicha Administración Pública o Ente, que indique que el contrato o prórroga del mismo es legalmente correcto, teniendo en cuenta el citado historial laboral.

El certificado y el informe mencionados también deberían ser exigibles en el caso de los nombramientos de personal funcionario interino, para asegurar que se respeta el límite temporal máximo (que, según se propone en esta tesis doctoral, sería de dos años).

Asimismo, en el caso de los contratos administrativos, consideramos que la ley debería establecer la obligación de la autoridad contratante de emitir una declaración escrita, antes de proceder a la contratación, en la que se indique qué tareas exactas tiene por objeto y que las mismas no se prestan con las características de ajeneidad y dependencia propias del Derecho Laboral ni están reservadas al personal funcionario. También debería la ley prohibir la celebración del contrato administrativo si no consta esta declaración, y declararlo nulo si se celebra sin dicha declaración.

B) Entendemos que la ley debería establecer expresamente el sometimiento a fiscalización previa, ante las Intervenciones u órganos de fiscalización interna de las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público, de todos¹⁷⁹⁹ los nombramientos de personal funcionario interino y de las contrataciones laborales temporales y de sus prórrogas, de manera que por los órganos de Intervención se fiscalicen en

¹⁷⁹⁹ Prohibiendo que los órganos de Intervención utilicen técnicas de muestreo para efectuar el control.

disconformidad con efectos suspensivos las nóminas de dicho personal que no cuenten con el certificado y el informe a que se ha hecho referencia, o cuyo nombramiento o contratación no respete las reglas sustantivas, incluyendo las reglas sobre el porcentaje máximo de efectivos temporales.

C) Concluimos asimismo que el EBEP debería regular expresamente la utilización por todas las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público de un programa informático de gestión y control relativo a la elaboración de la RPT, plantilla presupuestaria y OEP, que además controle la forma en que se cubren las distintas plazas dotadas presupuestariamente.

También debería establecer que dicho programa informático suministrará de forma automática la información que se indica a continuación, que permitiría a los órganos gestores y a los órganos de Intervención tener conocimiento en todo momento de la manera en que están siendo cubiertos los puestos de la RPT, y también saber si se incumplen las normas sobre la inclusión de puestos de trabajo en la OEP y amortización. Asimismo, dicho programa informático controlaría los nombramientos y contratos de empleados públicos temporales que no ocupan plazas de la RPT. Como mínimo, entendemos que dicho programa informático debería recoger y suministrar la siguiente información:

- La RPT, con indicación de los puestos dotados y desdotados, y el tipo de personal que cubre en cada momento cada puesto de trabajo.
- Respecto de las interinidades funcionariales por vacante y de los contratos laborales de interinidad por vacante, el programa informático debería indicar:
 - Si se incluyen en la OEP o en los procesos de provisión interna las plazas vacantes ocupadas por este personal interino (excepto en los casos de sustitución del titular de la plaza).
 - Si se produce el cese de este personal interino en la fecha en que el funcionario de carrera o laboral fijo tome posesión de la plaza, y, en todo caso, en el plazo de dos años que se propone en esta tesis.
 - La duración acumulada de los nombramientos de personal funcionario interino o laboral temporal sobre una misma plaza, a los efectos de poder computar el plazo máximo de dos años propuesto en esta tesis doctoral durante el cual pueda una plaza esté ocupada interinamente como máximo.
- Listado de personal funcionario interino y laboral temporal contratado que no ocupe puestos de trabajo de la RPT, con

indicación de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (por eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato, y su duración máxima. Con indicación también de si se produce el cese de los funcionarios interinos en la fecha que legalmente corresponda (es decir, 6 meses en el caso de interinidad por exceso o acumulación de tareas y, en el caso de programas temporales, al cumplirse el plazo de duración del programa temporal o bien el plazo máximo de dos años propuesto en esta tesis doctoral). Y, respecto de los contratos laborales temporales por obra o servicio determinado y por exceso o acumulación de tareas, indicación de si se ha alcanzado la duración legal máxima.

- Sentencias judiciales que reconozcan la condición de personal laboral indefinido no fijo, con indicación de si la plaza ocupada por este personal ha sido amortizada o está en trámite de ser cubierta por el correspondiente procedimiento de cobertura (indicando los datos de dicho procedimiento de cobertura). Asimismo, el programa informático debería indicar el tiempo que sigue contratado el trabajador declarado indefinido no fijo, a los efectos de poder controlar el plazo máximo de dos años propuesto en esta tesis doctoral.

- Los nombramientos de personal eventual. Además, un listado de personal eventual de cada Administración Pública, con indicación expresa de la identidad y retribuciones individuales.

- Los contratos de servicios menores y negociados celebrados con personas físicas, con indicación del procedimiento de adjudicación y las funciones exactas que tienen por objeto.

- El mencionado programa informático también debería indicar qué porcentaje de los efectivos son personal eventual (de confianza o asesoramiento), funcionario interino y laboral temporal. En particular, respecto del personal eventual, junto al número máximo legal, debería indicar el número real de personal eventual existente en cada momento, comparándolo con el de los dos ejercicios anteriores.

Este sistema informático proporcionaría el certificado al que se ha hecho referencia para poder realizar nombramientos y contrataciones temporales, y también remitiría alertas automáticas, tanto a los órganos gestores, como a los órganos de Intervención de la correspondiente Administración Pública o Entidad del Sector Público.

D) En todo caso, para no quedar a expensas de la interpretación que se haga de la normativa procesal, entendemos que la ley debería disponer expresamente la facultad de los interesados de exigir

judicialmente la elaboración de la RPT, la inclusión de puestos de trabajo en la RPT, la inclusión de una plaza en la OEP, la aprobación y la publicación de la OEP anualmente, y la convocatoria del proceso selectivo dentro del plazo legalmente establecido.

Además, para que las resoluciones judiciales que se dicten con ocasión del ejercicio de dichas acciones judiciales no queden en papel mojado, concluimos que la ley también debería regular con detalle los mecanismos para ejecutar forzosamente las sentencias que no sean ejecutadas por las Administraciones o Entes demandados. Así, la ley debería establecer expresamente que:

- Si la Administración Pública o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a elaborar la RPT o instrumento similar, lo hará un experto designado por el propio órgano judicial en el plazo de dos meses. Este experto estaría facultado para recabar de la Administración Pública o Ente condenado la información que a tales efectos precisara.
- Si la Administración Pública o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a incluir una determinada o varias determinadas plazas en la OEP, el órgano judicial podrá ordenar directamente la publicación en el correspondiente boletín oficial de la inclusión en la OEP de dicha plaza o plazas.
- Si la Administración Pública o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a aprobar y a publicar en un determinado ejercicio la OEP, el órgano judicial lo hará en su lugar, a cuyo efecto designará a un experto para que elabore dicha OEP. Este experto estaría facultado para recabar de la Administración o Ente condenado la información que a tales efectos precise.
- Si la Administración Pública o Ente convocante no ejecuta la sentencia que le condena a convocar un proceso selectivo, el órgano judicial nombrará un experto que elabore la convocatoria, así como las bases reguladoras del proceso selectivo (si las mismas no hubieran sido aprobadas por la Administración o Ente demandado en dicho plazo) con sometimiento a lo dispuesto en la normativa aplicable.

E) También concluimos que son necesarias las siguientes reglas disuasorias de los incumplimientos:

- La normativa disciplinaria debería tipificar como infracciones graves las siguientes:
 - La realización de contrataciones laborales o el nombramiento de personal funcionario interino en contra del informe a que se ha hecho referencia o sin la previa

emisión de dicho informe o del certificado a que también se ha hecho referencia.

- La celebración de contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario, una vez que así se declare por resolución administrativa o judicial firme.

- La autorización para el pago de la nómina del personal cuyo nombramiento o contratación no se haya publicado en la página Web oficial de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate.

F) Asimismo, consideramos que la ley debería establecer la inclusión de las siguientes cláusulas en los nombramientos de funcionario interino, contratos laborales temporales y contratos administrativos (indicando que la omisión de estas cláusulas no impedirá la aplicación del régimen jurídico correspondiente):

- En los contratos laborales temporales escritos, una cláusula donde se indique expresamente que la concurrencia de las circunstancias en que la legislación laboral atribuye al trabajador la condición de fijo, no dará lugar a su consolidación como trabajador fijo, sino que el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por los procedimientos ordinarios según la normativa aplicable (tal y como dispone la Disposición Adicional 15ª del Estatuto de los Trabajadores).

- En los contratos laborales temporales y en los nombramientos de funcionarios interinos, una cláusula que aclare que la relación temporal suscrita no atribuye ningún derecho o expectativa a consolidar el empleo sin la superación de los correspondientes procesos selectivos regidos por los principios de publicidad, libre concurrencia, mérito y capacidad.

- En el documento en que se formalice cada contrato administrativo, una cláusula que indique expresamente que dicho contrato administrativo será nulo si se celebra encubriendo una relación laboral o teniendo por objeto funciones reservadas al personal funcionario, añadiendo expresamente que en tal caso el trabajador no podrá consolidarse como personal laboral ni funcionario de la Entidad contratante.

6. Conclusiones sobre las garantías en la tramitación de los procesos selectivos

A nuestro juicio, una de las principales garantías en la cobertura de empleos públicos es la transparencia administrativa, que constituye un mecanismo esencial para asegurar el Estado democrático y de Derecho y reducir la corrupción. La transparencia, según la doctrina mayoritaria actual y la legislación vigente en los países de nuestro entorno, implica tanto el derecho de acceso a la información pública sin necesidad de acreditar un interés legítimo, como la difusión activa de información por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público. Sin embargo, estos dos aspectos no han venido contando con una adecuada regulación en España.

Así, el derecho de acceso a la información y documentación administrativa está regulado en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que necesita una profunda reforma legal, pues, entre otras cosas, exige acreditar un interés legítimo y directo al solicitante de la información, y da absoluta prevalencia a la intimidad frente a la transparencia. Además, la efectividad del derecho de acceso a la información pública requiere de garantías jurídicas concretas para su cumplimiento que actualmente no existen en España (tales como un procedimiento ágil y rápido). Por su parte, la publicidad o difusión de oficio de la información administrativa tampoco está desarrollada legalmente con amplitud suficiente. Actualmente está en tramitación el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20 de septiembre de 2013, que supone un avance, pero que no da respuesta a las necesidades concretas de transparencia en materia de acceso al empleo público, que se proponen en esta tesis doctoral.

En cuanto se refiere a los procesos de selección para el acceso al empleo público, entendemos que existe un claro interés público que justifica la publicidad, tanto debido al derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE, como a la salvaguarda de la objetividad de la actuación de las Administraciones Públicas (artículo 103 CE), a cuyo aseguramiento contribuye el control social. Ahora bien, la publicación (ya sea en tablones de anuncios, Boletines Oficiales o Webs oficiales) afecta al derecho fundamental a la protección de datos personales (artículo 18 CE) cuando contiene estos datos, ya que constituye una cesión de datos personales a terceros, por lo que el artículo 11 LOPD exige el consentimiento del interesado o una autorización legal.

Esta autorización legal, en el caso de la publicidad de oficio de los procesos selectivos de acceso al empleo público, figura en el artículo 59.6 de la Ley 30/1992. Por su parte, el EBEP se limita a establecer la *“publicidad de las convocatorias y de sus bases”* y la publicación en Diario Oficial del nombramiento de los funcionarios de carrera. En aras del principio de transparencia, concluimos que resulta necesario que la normativa, en relación con los procesos selectivos de

acceso al personal funcionario y laboral, imponga la obligación de publicar la siguiente información:¹⁸⁰⁰

- La identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los miembros de los órganos selectivos, así como el procedimiento a través del cual han sido nombrados.

- Las listas de aprobados en el proceso selectivo con expresión de las calificaciones obtenidas en las pruebas o en las baremaciones de méritos.

- Los nombramientos del personal funcionario interino y las contrataciones de personal laboral temporal.

En cuanto al resto de actos de trámite, tales como las listas de admitidos y excluidos, consideramos que no es tan intenso el requerimiento del principio de transparencia, de manera que bastaría con facilitar el acceso a los participantes en el proceso selectivo por medios electrónicos.

Asimismo, consideramos que la publicación de convocatorias y otros actos del procedimiento selectivo en el Boletín Oficial o en Edictos no presenta un grado aceptable de difusión si los mismos no son publicados en la sede electrónica (Web oficial en términos coloquiales) de la Administración Pública o Ente convocante. Y, a nuestro juicio, la actual Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, no lo impone, así que la legislación sobre acceso al empleo público debería imponer el uso obligatorio de Internet por las Administraciones Públicas para difundir la información relativa a los procesos selectivos.

Finalmente, concluimos que el derecho fundamental de los artículos 14 y 23.2 CE exige que la información sobre procesos selectivos esté accesible, lo cual implica que dicha información se publique de forma conjunta y sistemática, en una única sede electrónica, que debería ser la Web de la Administración General del Estado.

Otro gran problema, en nuestra opinión, es que actualmente no existe suficiente transparencia administrativa sobre el modo en que son cubiertos los empleos públicos, ni sobre si (respecto a los que responden a necesidades estructurales) figuran realmente en la RPT y son ofertados en la OEP. Y, en la medida en que el ciudadano no es conocedor de esta información, no puede reclamar que se regularicen las RPT y se aprueben las OEP, ni que se tramiten los correspondientes procedimientos selectivos. Además, la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate no sufre una adecuada presión social. Por

¹⁸⁰⁰ Además, esta cesión de información no lesionaría el derecho de protección de datos personales, ya que estaría autorizada por ley, y justificada por el interés público muy relevante al que responde (la transparencia administrativa y el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como la salvaguarda del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE).

ello, entendemos que es necesario que la ley imponga a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público que hagan pública en Internet la siguiente información:

- La RPT, con indicación de los puestos dotados y desdotados.
- La indicación, en dicha RPT, del modo en que, en cada momento, está cubierto cada puesto de trabajo (funcionario, funcionario interino, contratado laboral fijo, contratado laboral, etc.), especificando de qué tipo de nombramiento o contrato se trata.
- Indicación, en cada puesto de trabajo, de las alertas que el programa informático de gestión de puestos de trabajo y contrataciones al que se ha hecho referencia formule sobre irregularidades en la cobertura de las plazas (por ejemplo, si una plaza ocupada por un funcionario interino no ha sido incluida en la OEP, el ciudadano tendrá conocimiento de ello).
- Listado del personal funcionario interino y laboral temporal contratado que no ocupe puestos de trabajo de la RPT, con indicación de qué tipo de nombramiento o contrato se trata (por sustitución, por eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato y su duración máxima. En dicho listado debería indicarse aquellos contratos o nombramientos que se han excedido en su duración u otras circunstancias, según las alertas del programa informático al que se ha hecho referencia.
- Sentencias judiciales reconociendo la condición de personal laboral indefinido no fijo, indicando si se supera el límite máximo de dos años propuesto en esta tesis doctoral.
- Indicación de qué porcentaje de los efectivos de la Administración Pública o Ente del Sector Público de que se trate es personal eventual (de confianza o asesoramiento), funcionario interino y laboral temporal.
- Los nombramientos de personal eventual.
- Contratos de servicios menores y negociados celebrados, con indicación del procedimiento de adjudicación, el adjudicatario y las funciones exactas que tienen por objeto. El mencionado Proyecto de ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, establece en su artículo 7 la obligación de hacer pública la información sobre los contratos administrativos, pero señala que *“la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente y de forma agregada”*, lo cual parece significar que no se suministraría una información individualizada sobre cada contrato menor, y esto nos parece poco acorde con la transparencia y con la finalidad de control de los abusos en la contratación menor. Por su parte, el texto relativo al Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, con entrada en el Senado el 20

de septiembre de 2013, señala que *“la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente”*, pero no establece que se pueda hacer de forma agregada, por lo que parece no seguir la línea menos garantista del Proyecto.

Asimismo, concluimos que, para que esta información sea realmente accesible, debería suministrarse a través de Internet y de forma unificada, en una única sede electrónica, que sería la de la Administración General del Estado, donde figurase clasificada por Entes. Y, además, la ley debería prever que el ciudadano pueda, en esta página Web, obtener esta información clasificada, conociendo, en particular, qué puestos vacantes de la RPT cubiertos por funcionarios interinos o por personal laboral temporal no han sido incluidos en la OEP, así como qué nombramientos o contratos han excedido los límites temporales máximos. Esta información permitiría a los ciudadanos reclamar sus derechos e impondrían una mayor presión social a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público.

El cumplimiento de estas normas sobre difusión de oficio de información por las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público afectados debería, a nuestro juicio, estar asegurado por mecanismos eficaces, para que no quede en papel mojado. Entre estos mecanismos concluimos que deberían figurar los siguientes:

- La ley debería disponer expresamente que, una vez realizado el nombramiento del funcionario interino, el contrato laboral temporal, o la prórroga de éste, se requerirá, para que se pueda ordenar el pago de la nómina, un certificado emitido automáticamente por el sistema informático sobre la circunstancia de haber sido publicado en la Web oficial dicho nombramiento, contrato o prórroga. Y que la existencia de este certificado será fiscalizada por los órganos de Intervención. También debería disponer que se requiera el citado certificado automático sobre la publicación en Internet de los contratos administrativos de servicios celebrados con personas físicas, para que por el órgano de Intervención se puedan fiscalizar con conformidad los correspondientes documentos contables de gasto o de proposición del pago.

- La ley debería establecer que el sistema informático de gestión de nóminas alerte tanto al órgano gestor como al órgano de Intervención, de aquel personal incluido en la nómina respecto de cuyo nombramiento, contrato o prórroga no se haya efectuado la publicación en Internet.

Por otro lado, en cuanto se refiere a las bases reguladoras de los procesos selectivos, entendemos que, en particular, deben fijar con claridad los criterios de puntuación de las pruebas. Cuestiones tan relevantes como, por ejemplo, la penalización de las respuestas incorrectas, deberían fijarse obligatoriamente en las bases de la convocatoria, y no dejarse a la discrecionalidad del órgano de selección.

Asimismo, concluimos que otra garantía esencial del procedimiento (y que también forma parte esencial de la transparencia administrativa) es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo. Atendida la habitual actuación de opacidad por parte de las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, entendemos que la ley debería establecer expresamente, en el caso de los procedimientos selectivos de acceso al empleo público, el derecho de los interesados a acceder al expediente administrativo, explicitando que dicho acceso es a todo el expediente administrativo, incluyendo la plantilla de respuestas correctas de los cuestionarios tipo test, los cuadernillos que contienen los ejercicios del examen, así como los documentos e información relativos a los demás aspirantes, que figuren en el expediente. La ley debería también explicitar que no se considerarán datos íntimos todos los relativos a los méritos, pruebas y requisitos de los participantes, y que el derecho de acceso al expediente administrativo habilita la cesión de datos personales sin necesidad de consentimiento del interesado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11 de la LOPDP.

También concluimos que es preciso que la ley reconozca expresamente el derecho de los interesados a conocer la puntuación o valoración asignada por cada miembro del órgano de selección. Es más, esta información debería estar accesible a todos los participantes, como parte que es del expediente administrativo.

Asimismo, entendemos que la ley debería disponer que la Administración Pública o Ente convocante del proceso selectivo tiene la obligación de crear un espacio en su Web oficial donde figure toda la documentación (excepto los datos íntimos de los participantes y otros datos personales irrelevantes) relativa al expediente administrativo, facilitando una clave de acceso a los participantes para que accedan al mismo (incluso a la documentación relativa al resto de participantes).

Para el caso de que los participantes soliciten información que no se ha incluido en esa Web, la ley debería establecer un plazo para que la Administración Pública o Ente convocante facilite el acceso al expediente al solicitante, de 3, 5 días, o como mucho 10, dependiendo del número de participantes en el proceso selectivo. Asimismo, si la Administración Pública o Ente convocante no contesta a esta solicitud de información, entendemos que la ley debería arbitrar un procedimiento judicial sumario (en el orden contencioso-administrativo) para que el órgano judicial, ante la petición del interesado, en pocos días ordene a la Administración Pública o Ente convocante que conteste a la solicitud de acceso, con la posibilidad (obligación) de imponer multas coercitivas a la autoridad responsable de emitir dicha contestación.

Otra garantía esencial del procedimiento de selección es la motivación de los actos administrativos, aunque el artículo 54.2 de la Ley 30/1992 y el Real Decreto 364/1995 establecen unas reglas poco claras y menos garantistas de la

motivación en el ámbito de los procesos selectivos. Concluimos que es preciso que el legislador regule expresamente este deber de motivación y de acreditación de fundamentos en el expediente administrativo, disponiendo lo siguiente:

- Los razonamientos de los miembros del órgano de selección en las deliberaciones de éste deberán quedar reflejados en el acta de la sesión del mismo.
- En dicho acta deberá constar la puntuación asignada por cada miembro.
- En el caso de ejercicios orales o escritos, la puntuación no podrá limitarse a apto o no apto.
- En el caso de baremación de méritos, sin perjuicio de que proceda efectuar una valoración global, deberá explicitarse la puntuación asignada a cada apartado del baremo de méritos, con detalle de los cálculos matemáticos realizados para llegar a la puntuación total.
- En el procedimiento administrativo deberá quedar constancia (documental, audiovisual o en el soporte que proceda) de las pruebas realizadas (exámenes escritos, orales, entrevistas, etc.).
- Si el interesado lo solicita, se le deberán explicitar detalladamente los motivos de su puntuación.

Igualmente, entendemos que el respeto al derecho de acceso en condiciones de igualdad al empleo público exige la efectiva tramitación de los procesos selectivos en un tiempo razonable, y que debe ser la ley la que determine un plazo máximo. El EBEP no efectúa suficientes aportaciones, pues concede un largo plazo de 3 años para desarrollar el proceso selectivo desde que se aprueba la OEP, y ni siquiera cuenta con mecanismos que aseguren el efectivo respeto de este plazo. Concluimos que sería necesario y razonable que el EBEP dispusiera que los procesos selectivos deben concluirse dentro de los seis meses siguientes a la publicación de la OEP.

Asimismo, consideramos que resulta esencial el establecimiento por ley de mecanismos para evitar filtraciones de exámenes. En primer lugar, en relación con las posibles filtraciones provenientes de los propios miembros del órgano de selección, concluimos que la medida más eficaz sería garantizar la imparcialidad de los mismos, en los términos expuestos en el capítulo 4 de esta tesis doctoral. En todo caso, en lo referente a los exámenes tipo test, sí hay determinadas cautelas que, a nuestro juicio, deberían asegurarse, y que por ello deberían ser establecidas por ley, tales como:

- Que cada miembro del órgano de selección elabore un número de preguntas superior en al menos cinco veces al número de preguntas que le corresponda elaborar. Éstas recaerán sobre todo el temario de examen, o al menos, dependiendo de la especialización del miembro del órgano de selección, sobre el cincuenta por ciento.

- Que cada miembro las redacte en un ordenador de la Administración Pública o Ente convocante al que sólo tendrá acceso él y el Secretario del órgano de selección (que deberá tener la condición de funcionario, debido a las funciones de fe pública y custodia que va a tener respecto de esta información), sin que puedan ser copiadas en ningún soporte.
- Por sorteo público ante el Secretario del órgano de selección se determinarán, entre todas las preguntas elaboradas, las que finalmente formarán parte del cuestionario del examen.
- Debe asegurarse una cadena de custodia sobre el examen y sus copias.
- Los aspirantes deberán contestar el cuestionario con bolígrafo.
- Los ejemplares de hojas de respuestas confeccionadas por los aspirantes durante la prueba deberán ser igualmente custodiados hasta el lugar donde se efectúe su corrección. Si dicha corrección se realiza por empresas contratadas al efecto, deberá estar presente en todo momento el Secretario del órgano de selección o funcionario en quien delegue, comprobando que no se alteran las hojas de respuestas durante la corrección y que a continuación se guardan en cajas selladas y transportadas a los archivos de la Administración o Entidad convocante. En cuanto a los trabajos realizados con medios informáticos, tales como escaneado de hojas de respuestas, asignación de puntuación, etc., los archivos informáticos donde figuren quedarán en poder de la Administración Pública o Ente convocante, desde el mismo momento de su elaboración, asegurándose la misma cadena de custodia por funcionario.

Entendemos también que similares mecanismos procedimentales deben preverse en el caso de exámenes prácticos que requieran la elaboración de algún texto para su lectura por los participantes en el proceso selectivo.

En cuanto se refiere a los exámenes escritos de desarrollo y orales, concluimos que la mejor garantía es la extracción por sorteo de las cuestiones a exponer, cuestión que debe asegurar la normativa vigente en cada caso.

Por otro lado, respecto de las bases reguladoras, y sin perjuicio del necesario deber de concreción suficiente de las mismas, en los casos en que proceda que determinados criterios de valoración sean fijados por el órgano de selección, entendemos que la ley debería disponer expresamente que sean fijados con anterioridad a la celebración de las pruebas o a la presentación de méritos en caso de baremaciones, pues ésta es la forma en que queda garantizada la objetividad en la fijación de tales criterios, de modo que en dicha fijación no se favorezca ilegítimamente a determinados participantes.

En cuanto al establecimiento de notas de corte, a nuestro juicio no debe dejarse en manos del órgano de selección, ni fijarse después de la celebración de las pruebas o exámenes, sino que la ley debería establecer que las bases reguladoras fijen dicho corte, fijando un número máximo o un porcentaje.

Finalmente, concluimos que parece razonable derogar la norma del EBEP que permite negociar en los convenios colectivos “las formas de colaboración” de las organizaciones sindicales en los procesos selectivos, porque dichas organizaciones en principio no parecen ostentar legitimación para intervenir en los procesos selectivos, en los que está en juego el ejercicio de un derecho fundamental (el de los artículos 14 y 23.2 CE) de los ciudadanos en general. Otra cuestión será su papel de observadores en los procesos de promoción interna, donde sí se ven afectados los intereses del personal ya contratado.

7. Conclusiones sobre la selección del personal de los Entes del Sector Público distintos de las Administraciones Territoriales: la huida del Derecho Administrativo

Como ya hemos expuesto, entendemos que el derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad (reconocido en los artículos 14 y 23.2 CE) tiene por objeto los puestos de trabajo de todo el Sector Público, tal y como lo define el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, lo cual incluye al personal laboral de las Organismos Públicos (incluyendo las Entidades Públicas Empresariales), Organismos Reguladores y sociedades y fundaciones del Sector Público.

Los principales problemas referentes a la efectiva vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público se producen en las Entidades de Derecho Público que se rigen por el Derecho Privado y de las sociedades y fundaciones del Sector Público. De este conjunto de Entidades se ha dicho que constituyen un fenómeno de “huida del Derecho Administrativo”, a través del cual los gobernantes crean Entidades que eluden los controles impuestos por el Derecho Administrativo y por el Derecho Presupuestario, en ámbitos tales como la contratación de bienes y servicios, los procesos selectivos de acceso de nuevo personal, el control de la legalidad del gasto público (que se articula a través de la existencia de un presupuesto detallado y la fiscalización previa por los órganos de intervención), los límites al endeudamiento, etc.

Por lo que se refiere a su personal, en la práctica viene optándose preferentemente por el personal laboral, y la selección del mismo no se realiza ni siquiera por los mismos procedimientos que la normativa impone para el personal laboral de las Administraciones Públicas, viéndose, habitualmente, rebajadas las exigencias de mérito y capacidad.

La afirmación de que las Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado facilitan una gestión más flexible y por tanto una mayor eficacia, no está demostrada, sino que la práctica demuestra más bien lo contrario: mal uso de los gastos e inversiones públicas y el uso partidista y clientelar de los cargos y empleos en dichas Entidades. Y es que el Derecho Privado no permite garantizar

que la actuación de los gestores públicos se someta a la legalidad y al interés general. Así, siguiendo a buena parte de la doctrina, entendemos que el Estado de Derecho impide prescindir de las garantías procedimentales de control establecidas por el Derecho Administrativo y el Derecho Presupuestario.

Por tanto, a nuestro juicio, no debe de apostarse directamente por la creación de Entes (públicos o privados) regidos por el Derecho Privado, sino que lo que debería hacerse es revisar la organización y los procedimientos del Derecho Administrativo, para mejorarlos y hacerlos más operativos. Así, entendemos que se pueden acortar los plazos y simplificar los procedimientos administrativos, aprovechar las tecnologías de la información, aumentar la transparencia administrativa, diseñar relaciones de puestos de trabajo más flexibles, con descripción de puestos de trabajo más polivalentes, vincular las retribuciones del personal a su rendimiento, etc.

En particular, concluimos que el empleo en las Entidades Instrumentales (incluyendo las sometidas al Derecho Privado), es empleo del Sector Público, por lo que rigen entonces los principios de igualdad, mérito y capacidad y publicidad. Así lo ha reconocido su normativa reguladora. Sin embargo, el problema es que dicha normativa no establece previsiones de desarrollo de estos principios (ver en este sentido la LOFAGE y el artículo 2.1 y la Disposición Adicional Primera del EBEP), dejando por completo su ejecución en manos de los gestores de dichas Entidades Instrumentales.

Por ello, concluimos que es necesario extender a estos Entes Instrumentales las garantías concretas analizadas en la presente tesis doctoral (capítulos 2, 3, 4 y 6), especialmente lo referente a la imparcialidad del órgano de selección, así como al diseño de los procesos selectivos, para evitar diseños a medida de personas ilegítimamente favorecidas. Lo expuesto, a nuestro juicio, incluye también articular una máxima publicidad o transparencia sobre la estructura de puestos de trabajo y el modo en que son ocupados en estos Entes.

En el caso de las sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público, se da la particularidad de que carecen de la figura legal de la RPT y no están sometidas al control previo por los órganos de Intervención de las Administraciones Públicas. Por ello, entendemos que es preciso que la ley establezca que también deberán elaborar una RPT, con los mismos mecanismos de garantía que se exponen en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral. Esto incluiría la imposición a estas Entidades privadas del uso del programa informático de control de la gestión de los puestos de trabajo y del control previo por parte de los órganos de Intervención en lo referente a la contratación de personal, en los términos expuestos en el Capítulo 6 de esta tesis doctoral, y la imposición a dichas Entidades privadas del deber de suministrar la información sobre cómo cubren sus puestos de trabajo en la página Web unificada de la Administración General del Estado. En definitiva, la ciudadanía podría conocer el modo en que cubren sus

puestos de trabajo estas Entidades, y reclamar en caso de irregularidad, así como estas Entidades quedarían sometidas al necesario y adecuado control social.

Además, en el ámbito de los Organismos Públicos y las demás Entidades Instrumentales, inclusive las sociedades y fundaciones del Sector Público, se produce un intenso fenómeno de fraccionamiento de los procesos selectivos, ya que cada uno tramita sus propios procesos selectivos, lo cual aumenta el riesgo de diseño de procesos selectivos a medida de determinados candidatos, e imposibilita la libre concurrencia efectiva de los ciudadanos a los procesos selectivos, porque los múltiples procesos selectivos requieren muy distinta preparación, a pesar de que en realidad se trata de puestos de trabajo muy similares. Por ello, en la presente tesis doctoral sostenemos que es adecuado eliminar este fraccionamiento, unificando los procesos selectivos.

En cuanto se refiere a los Organismos Reguladores o Administraciones Independientes, cabe efectuar similares conclusiones. Así, la Disposición Adicional Quinta del EBEP dispone que el mismo se aplicará a los Organismos Reguladores de la Disposición Adicional 10ª.1 de la LOFAGE en la forma prevista en sus leyes de creación. Pero la mayoría de estas leyes específicas se limitan a establecer expresamente la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad para la selección de su personal laboral, sin desarrollar previsiones y mecanismos concretos, y ni siquiera declaran aplicables a los mismos las reglas elementales del EBEP sobre acceso al empleo público.

En todo caso, la situación parece haber mejorado con ocasión de la Ley 3/2013, de 4 de junio, que ha creado la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo público de los previstos en la Disposición adicional décima de la LOFAGE, y cuya constitución producirá la extinción de los Organismos Reguladores ya citados (Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales). Esta ley establece que el personal funcionario de esta nueva Comisión se regirá por las normas reguladoras de la función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, por lo que efectúa una remisión a la citada normativa, de modo que, en principio, no se empeora lo dispuesto en la misma. En cuanto al personal laboral, solamente se indican los consabidos principios, sin concreción ninguna, por lo que habrá que esperar al desarrollo reglamentario, sin que, por tanto, a nivel de ley, existan las necesarias garantías que se postulan en esta tesis doctoral. Entendemos, en todo caso, que es necesario extender a estos Organismos las garantías propuestas en esta presente tesis doctoral (capítulos 2, 3, 4 y 6).

Finalmente, debemos hacer referencia a la cuestión de que las Entidades Instrumentales con personalidad privada, a través de su personal laboral, no

deberían de asumir funciones públicas cuyo ejercicio debe corresponder al personal funcionario (en virtud del artículo 9.2 EBEP y por imperativo constitucional) y que, en todo caso, no pueden ser desarrolladas por sociedades mercantiles. Este fenómeno de utilización de personal laboral en lugar de funcionario provoca un doble efecto negativo: por una parte, se ejercen funciones administrativas por personal que no es inamovible, lo cual afecta a su imparcialidad, y, por otro lado, se eluden los procesos selectivos del personal funcionario, que, a pesar de sus imperfecciones, están diseñados de forma más rigurosa que los procesos selectivos del personal laboral.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., *El trabajo autónomo*, número monográfico de la revista Relaciones Laborales, 7-8/2000.
- AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, Madrid, 1999.
- ABA CATOIRA, A., *La limitación de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R., *Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común*, Comares, Granada, 2010.
- ALARCÓN CARACUEL, M., "La ajeneidad en el mercado. Un criterio definitorio", *REDT*, nº. 28/1986.
- La nueva configuración legal de la relación de empleo público: funcionarios y contratados laborales, Instituto de Administración Local, Sevilla, 1987.
- ALBALADEJO CAMPOY, M.A., "Pasado, presente y futuro de la función pública", *Cuadernos económicos ICE*, nº. 13, Madrid, 1980.
- ALDOMÁ BUIXADÉ, J., "Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público (arts. 69 a 77)", en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008.
- ALEGRE ÁVILA, J.M., "Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección", *RVAP*, nº. 34, 1992.
- ALEXY, R., "Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales", traducción de BERNAL, C., *REDC*, nº. 66, 2002.
- ALFONSO MELLADO, C.L., "Contenido y eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios en el Estatuto Básico", *RDS*, nº. 37, 2007.
- "Informe sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público", *RDS*, nº. 40, 2007.
- ALMOACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Bosch, Barcelona, 2008.

- ALONSO GARCÍA, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *RAP*, nº. 100-102, enero-diciembre, 1983.
- ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2000.
- ÁLVAREZ ARDERIUS, L., "Auditoría externa de contratos de servicios externalizados en el ámbito del sector público. Una visión operativa", *Auditoría Pública*, nº. 59, 2013.
- ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I. El Estado constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades*, Tecnos, Madrid, 1992.
- ÁLVAREZ RICO, M., "El derecho de acceso a los documentos administrativos", *DA*, nº. 183, 1979.
- ÁLVAREZ RICO, M., GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.Mª., y ORDUÑA PRADA, E., *Administración y Empleo Público en España*, CEMCI publicaciones, Granada, 2011.
- ÁLVAREZ RICO, M., y ÁLVAREZ RICO, I., "Derecho de acceso a los Archivos y Registros administrativos en la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *RAP*, nº. 135, 1994.
- ALZAGA RUIZ, I., "Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad", en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, Madrid, 2007.
- *Contratación laboral temporal: un estudio jurisprudencial*, Edersa, Madrid, 2000.
- AMEGUAL ANTICH, J., "El control de los entes instrumentales", *Revista Auditoría Pública*, n.º 49, 2009.
- AMOEDO SOUTO, D., *TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, Atelier, Ilustre Colegio Oficial de Veterinarios de A Coruña, Barcelona, 2004.
- APILLUELO MARTÍN, M., "Algunas cuestiones sobre el estado actual de la contratación laboral temporal por parte de la Administración Pública", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.
- ARAGÓN REYES, M., "Constitución y Derechos Fundamentales", en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Rodrigo Fernández Carvajal*, Tomo I, Universidad de Murcia, Murcia, 1997.
- "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional", *REDC*, nº. 85, 2009.

- “La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Coord. PÉREZ TREMP, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ARENA, G., “Transparencia administrativa y democracia”, en *RVAP*, nº. 37, 1994.
- ARIÑO ORTIZ, G, “Corporaciones profesionales y Administración Pública”, *RAP*, nº. 27, 1973.
- *¿Privatizar al Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Fundación BBV, Madrid, 1994.
 - *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- ARROYO JIMÉNEZ, L., “Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo”, *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, Madrid, Mayo 2009.
- ARROYO YANES, L.M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Universidad de Cádiz y Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- AYALA MUÑOZ, J.M^a., GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRREZ DELGADO, J.M., MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J.I., RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, M^a.D., RIVERO GONZÁLEZ, M., SANZ GANDÁSEGUI, F., y VEGA LABELLA, J.I., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- BACHMAIER WINTER, L., “La reforma de la LOTC y la ampliación del incidente de nulidad de actuaciones”, *RGDPR*, nº. 13, 2007.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., “Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas”, en *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003.
- “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados: ¿debe el Consejo General del Poder Judicial motivar los nombramientos judiciales de carácter discrecional?”, *REDA*, nº. 107, 2000.
 - “La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE”, en AA.VV., *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Coord. PARADA VÁZQUEZ, R., y JIMÉNEZ BLANCO, A., Fundación para el análisis y los estudios sociales, Madrid, 1999.
 - *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

- BAENA DE ALCÁZAR, M., "Organización, régimen jurídico y sector público estatal. La incidencia de las leyes de presupuestos", en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- "Comentario al artículo 103 de la Constitución", en AA.VV., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, T. VIII, Edersa, Madrid, 1985.
 - *Los colegios profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1968.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., y MEDINA REY, L.F., *La nueva Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Tecnos, Madrid, 2008.
- "Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y Ordenamientos Jurídicos", *REDC*, nº. 69, 2003.
 - En AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Tecnos, Madrid, 2009.
 - *Fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BANACLOCHE PALAO, J., "Las conflictivas relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo por razón del recurso de amparo: problemas y soluciones", *Revista de Derecho Procesal*, nº. 1, 2007.
- En AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario. Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez*, La Ley, Madrid, 2008.
- BAÑO LEÓN, J.M^a., "La igualdad como derecho público subjetivo", *RAP*, nº. 114, 1987.
- "La ordenación de las normas reguladoras del régimen local", en AA.VV., *Tratado de Derecho municipal*, Dir. MUÑOZ MACHADO, S., Volumen I, Civitas, Madrid, 2003.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., "Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del artículo 23.2 CE", *RATC*, Vol. IV, 1998.
- "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
 - "Jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad en el ámbito de los derechos y libertades. Introducción, selección y análisis crítico", *Cuadernos de Derecho Público*, nº. 5, 1998.
 - "Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas", en AA.VV., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, España, 2006.

- BARRACHINA, J.E., *La función pública y su ordenamiento. Parte Especial II*, Vol. I., Promociones y publicaciones universitarias, Barcelona, 1991.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., "Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local: conversión en funcionarios", *AL*, I/2000.
- BARRIO ANDRÉS, M., "La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas", *AA*, Segunda quincena de 2011.
- BASILE, S., "Principios fundamentales de la Constitución de 1978", en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, Dir. EDRIERI, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Madrid, 1980.
- BASOREDO LEDO, C., "Modelo cooperativo de participación en Tribunales de selección de empleados para la Administración Pública", *RVAP*, nº. 40, 1994.
- BASSOLS COMA, M., "Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución", *RAP*, nº. 98, 1979.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., *La desadministración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- BAYLOS GRAU, A.P., "La "huida" del Derecho del Trabajo. Significados y ambivalencias", en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Coord. ALARCÓN CARACUEL, M., y MIRÓN, M., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- BELADÍEZ ROJO, M., "El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas", en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. CASAS BAAMONDE, M^a. E., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2009.
- BENAVENTE TORRES, M^a. I, "La reforma de las empresas de trabajo temporal por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", *RGDTSS*, nº. 26, 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ponencia 4, "Algunas consideraciones sobre las acreditaciones", en *Congreso de Derecho Civil, los marcos institucionales de la Investigación*, Toledo, 15 y 16 de octubre de 2009, <http://www.congresoderecho civil.es/index.php/ponencias /39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.
- BERMEJO CABRERO, F., "Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública", *REDA*, nº. 62, 1989.
- BERMEJO VERA, J., "El secreto en las Administraciones Públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del ordenamiento jurídico español", *REDA*, nº. 57, 1988.

- BERMÚDEZ PALOMAR, V., “La laboralización de la función pública local y el Estatuto Básico del Empleado Público: la ruptura del modelo constitucional de empleo público”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 23, 2010.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A., “Las entidades públicas empresariales en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado o la inconstitucionalidad de que la Administración sea al mismo tiempo Administración y empresa”, *DA*, nº. 246-247, 1997.
- *Las Administraciones Independientes*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BLASCO DÍAZ, J.L., “El sentido de la transparencia administrativa y su concreción legislativa”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- BLASCO PELLICER, A., “La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado”, *AL*, nº. 2, 2011.
- BOBBIO, N., “La democracia y el poder invisible”, en *El futuro de la democracia*, Plaza y Janés, Barcelona, 1985.
- BOLTAINA BOSCH, X, “Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública”, *AS*, nº. 4/2002.
- *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Cedecs, Barcelona, 2005.
- “Clases de personal (artículos 8 a 12)”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008.
- *Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- “Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra. Su encaje en el marco constitucional español”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº. 38, 2004.
- “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, *Revista CEMCI*, nº. 14, 2012.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial”, *AL*, nº. 2, 1998.
- “Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas”, *AL*, suplemento al nº. 26, 1997.
- BORRAJO INIESTA, I., “El intento de huir del Derecho Administrativo”, *REDA*, nº. 78, 1993.

- BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995.
- BUEYO DÍEZ JALÓN, M^a., "El tratamiento de datos de carácter personal por las Administraciones Públicas versus el derecho fundamental a la privacidad: los ficheros públicos", *RGDA*, nº. 23, 2010.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., GÓMEZ MONTORO, A.J., MEDINA GUERRERO, M., y REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción y procesos constitucionales*, 2ª edición, MC Graw Hill, Madrid, 2000.
- CALDERÓN PASTOR, J., "Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo", *Información laboral. Jurisprudencia*, nº. 8, 2010.
- CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen 2, Coord. BALAGUER CALLEJÓN, F., Tecnos, Madrid, 2009.
- CAMARERO GIL, A., "El país", 21 de enero de 1982.
- CAMPS RUIZ, L.M., *La contratación laboral temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.
- CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Edersa, Madrid, 1983.
- CANTERO MARTÍNEZ, J., "Artículo 61. Sistemas Selectivos", en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009.
- "Capítulo I. Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007.
 - "La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?", *DA*, nº. 286-287, 2010.
- CARBONELL PORRAS, E., "Las sociedades mercantiles públicas y los contratos con terceros en las Directivas comunitarias y en el Derecho español", *Noticias de la Unión Europea*, nº. 267, 2007.
- CARDONA PERETÓ, F., "Tendencias en la gestión de la función pública. Países de la Unión Europea y OCDE", en AA.VV., *Nuevas perspectivas en la función pública española. El Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 30 de agosto de 2006, Universidad Internacional Menéndez y Pelayo.
- CARDONA TORRES, L., *El personal laboral en las Corporaciones Locales*, Bosch, Barcelona, 1989.

- CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y BLASCO DE LUNA, F.J., "Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal", en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y MERCADER UGUINA, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- "Las empresas de trabajo temporal en el Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo", en AA.VV., *La reforma laboral de 2010. Aspectos prácticos*, Dir. GARCÍA-PERROTE, I., y MERCADER, J.R., Lex Nova, Valladolid, 2010.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., "El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la administración pública", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 11/2011.
- CASAS BAAMONDE, M^a. E., "Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo", en AA.VV., *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Coord. ALARCÓN CARACUEL, M., y MIRÓN, M., Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CASCAJO, J.L., y GIMENO, V., *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1984.
- CASTELLS ARTECHE, J.M., "Derecho a la privacidad y procesos informáticos: análisis de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre (LORTAD)", *RVAP*, nº. 39, 1994.
- "El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública", *RAP*, nº. 103, 1984.
- CASTILLO BLANCO, F.A., "El Estatuto básico del empleado público: ¿Hasta dónde llegan las bases?", en AA.VV., *III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, 2008.
- "El empleo público local: situación actual y perspectivas", *RARAP*, nº. 4, 2001.
 - "Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público", *REDA*, nº. 86, 1995.
 - "Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003.
 - *Acceso a la función pública local (políticas de selección y control jurisdiccional)*, Comares, Granada, 1993.
 - *Estudio de los Recursos Humanos del Sector Público Local en Andalucía*, Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2003.
 - *Informe sobre el empleo público local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009.

- CASTILLO BLANCO, F.A., e ILDEFONSO HUERTAS, R.M., "El control del ejercicio de la discrecionalidad en materia de oposiciones y concursos", en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003.
- CASTILLO VÁZQUEZ, I., "Transparencia, acceso a la documentación administrativa y protección de datos de carácter personal", *Foro, Nueva época*, nº. 6/2007.
- CASTRO ARGÜELLES, M^a.A., y GARCÍA MURCIA, J., "La extinción de los contratos de trabajo por nulidad del concurso-oposición: ¿acción de nulidad, causa técnica, fuerza mayor?", *AS*, nº. 7/2000.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., "Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, Granada, 2008.
- "Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos", *AS*, nº. 6/2008.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., "¿Cómo facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en la Administración electrónica?", *RIDP*, nº. 12, 2011.
- "E-información: hacia una nueva regulación del acceso a la información", *RIDP*, nº. 1, 2005.
 - "La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos", en COTINO HUESO, L., y VALERO TORRIJOS, J., *La ley de administración electrónica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- CERVILLA GARZÓN, M^a.D., *La prestación de servicios profesionales*, Tirant lo Blanch, Serie Monografías nº. 186, Valencia, 2001.
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "La reforma laboral de 2010 en materia de intermediación y empresas de trabajo temporal: un paso más en la retirada de lo público", en AA.VV., *Las reformas laborales del 2010*, Coord. MORENO GENÉ, J., y SOLÉ PUIG, A., Huygens, Barcelona, 2010.
- "La contratación a través de las empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública", *RDS*, nº. 6, 1999.
 - *Contrato de trabajo y empresas de trabajo temporal*, Tesis Doctoral, 1998.
- CHAVES GARCÍA, J. R., *Control de concursos y oposiciones en la jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2009.
- "Laborales por la puerta falsa de las sociedades de capital público: ¿fijos, indefinidos, interinos?", en [http://bigoles.conectia.es/ upload/articulos/pdf/53/488.pdf](http://bigoles.conectia.es/upload/articulos/pdf/53/488.pdf).

- "Publicidad en sistemas de concurrencia competitiva y protección de datos. Los tiempos están cambiando. Actos públicos, publicidad en boletines y difusión", en AA.VV., IV Encuentro de Agencias autonómicas de protección de datos. Un encuentro necesario entre derechos concurrentes, organizado por la Agencia Vasca de Protección de Datos y celebrado en Vitoria los días 23 y 24 de octubre de 2007.

CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

- *La radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, Madrid, 1988.

CLAVERO ARÉVALO, M.F., "Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Autónomas", *DA*, nº. 58, octubre 1962.

CLEMENTE MERODIO, T., "La vigente legislación de funcionarios y la necesidad de su reforma", *DA*, nº. 4, 1958.

COLOMBO, G., *Sulle Regole*, Milano, Feltrinelli, 2008, traducido por PIÑAR MAÑAS, J.L., "Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario", en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

COMISIONES OBRERAS, "Introducción de las Empresas de Trabajo Temporal (ETT) en las diferentes Administraciones Públicas (AAPP) españolas tras la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (que siguió al RD Ley 10/2010)".

CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Nota especial a la STSJ Navarra de 12 junio 1997", *AL*, 1997/II.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social, sobre temporalidad en el empleo en el Sector Público*.

CORDERO SAAVEDRA, L., "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos y su tutela administrativa y jurisdiccional", *Diario La Ley*, 24 de noviembre de 1995.

- *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Laborum, Murcia, 2003.

COSTA CASTELLA, E., "Patologías de la funcionarización del personal laboral en la administración local", *Boletín de personal, Gestión Local Aranzadi*, nº. 1/2003.

COTINO HUESO, L., "Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos", en AA.VV., *El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*, Coord. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M., Cersa, Madrid, 2008.

- "El débil compromiso normativo por la transparencia y participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro", en AA.VV.,

Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías, Coord. COTINO HUESO, L., Comares, Granada, 2007.

- “El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública”, en AA.VV., *Libro homenaje a Íñigo Cavero Ltaillade*, Coord. PEÑA CONZÁLEZ, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

- “*Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa*”, Trabajo de investigación, 2º premio en el III Premio Marcelo Martínez Alcubilla, 2003, convocado por el INAP.

CRUZ VILLALÓN, P., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., “Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos”, *RDS*, nº. 3, 1998.

- “Derechos fundamentales”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001.

- “El recurso de amparo constitucional: el juez y el legislador”, en AA.VV., *Los procesos constitucionales (Segundo Simposio de Derecho Constitucional)*, CEC, Madrid, 1992.

- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *REDC*, nº. 25, 1989.

- “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Volumen I, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1988.

- “Sobre el amparo”, *REDC*, nº. 41, 1994.

CUADRADO ROURA, J.R., y CARRILLO NEFF, M., *Expansión del sector público empresarial en las autonomías y ayuntamientos. Evolución y análisis de las posibles causas*, Instituto Universitario de Análisis Económico y Social, Documento de trabajo 03/2008.

CUADRADO ZULOAGA, D., “Publicidad de las convocatorias de selección de personal en el Instituto Tecnológico Agrario de Castilla y León”, *AA*, nº.13, 2007.

- “Desviación de poder en el campo de la función pública”, *AA*, n.º 8, 2008.

- “Entes públicos de Derecho privado: necesidad de su replanteamiento”, *AA*, nº. 10/2012.

CUESTA GIMENO, L., “El mérito y la capacidad como determinantes del acceso a la función pública y la carrera administrativa”, en *El funcionario municipal*, nº. 393-394.

CUTO PÉREZ, M., “La sociedad estatal de Correos y Telégrafos y el ejercicio de autoridad”, *REDA*, nº. 132, 2006.

- D'ANJOU ANDRÉS, G., "El personal laboral al servicio de la Administración Local (breve análisis)", en AA.VV., *Administración local: estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Dir. BALLESTEROS ARRIBAS, S., La Ley, Madrid, 2011.
- "El Estatuto básico del Empleado Público, Primer apunte al mismo", El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, nº. 14, 2007.
- DE CASTRO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, IEP, Madrid, 1949, Edición 1984.
- DE DIEGO DÍEZ, L.A., *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Bosch, Barcelona, 2008.
- DE LA CRUZ FERRER, J., "La Administración Institucional y corporativa", en AA.VV., *Derecho Administrativo, II, Parte Especial*, Universitas, Madrid, 1995.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., "El acceso a la función pública y la selección y cese de los funcionarios, según la jurisprudencia, con especial referencia al funcionario local (I)", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 5/1999.
- DE LA OLIVA SANTOS, "Análisis crítico de la teoría y de la praxis de la ANECA (Con estudio de un caso ejemplar)", http://www.upc.edu/csi/PDI/ANECA/analisis_critico.pdf.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A., y GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., *Reforma laboral 2010*, Memento Experto, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
- DE LA VILLA GIL, L.E., "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", *RGDTSS*, Iustel, nº. 14, 2007.
- DE MIGUEL PAJUELO, F., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dir. PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A., Bosch, Barcelona, 2009.
- DE PRADA GARCÍA, A., "Acceso a la función pública y principio de igualdad: los Cuerpos Docentes Universitarios (sentencia 103/00 del Juzgado de lo Contencioso nº. 4 de Madrid)", *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 15, 2000.
- DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M^a.L., "Reflexiones sobre el personal eventual y los problemas derivados del régimen jurídico de las funciones directivas en la Administración Local. Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 9 de julio de 2004", Iuste.com, *RGDTSS*, nº. 7, 2004.
- *Empleo y prestación de servicios en la administración pública*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

- DE VEGA GARCÍA, P., *Prólogo a la Constitución Española*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1996.
- DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DEBBASH, C., "Introduction", en *La transparence administrative en Europe*, Editions du Centre National de Recherche Scientifique, París, 1990.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Madrid, 2003.
- DEL CASTILLO VÁZQUEZ, I., *Protección de datos: cuestiones constitucionales y administrativas: (el derecho a saber y la obligación de callar)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., "Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal", *RL*, nº. 1, 2001.
- DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J.A., "Contrato de trabajo y relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas", en *Aspectos de la contratación laboral*, CDJ, nº. 20, CGPJ, 1992.
- DEL SAZ CORDERO, S., "Desarrollo y crisis del derecho administrativo. Su reserva constitucional", en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992.
- "La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas", *RAP*, nº. 133, 1994.
 - "La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de alta dirección", *DA*, nº. 243, 1995.
 - "La laboralización de la función pública", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999.
 - *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - "Las oposiciones a cátedras", *RAP*, nº. 144, 1997.
- DEL VALLE PASCUAL, J.M., "Primeros apuntes sobre el sistema de acreditación y acceso a la condición de Profesor de los cuerpos docentes universitarios", *AA* nº. 15/2008.
- DEL VECCHIO, J., *Los derechos del hombre*, Editorial Reus, Madrid, 1914.

- DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Lex Nova, Valladolid, 2002.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Civitas, Madrid, 1997.
- DÍAZ RODRIGUEZ, J.M., “Efectos de la anulación judicial de los procedimientos selectivos”, en AA.VV., *El Estatuto básico del Empleado Público, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTI, Madrid, 2009.
- “El contrato de trabajo en el sector público ante la anulación del procedimiento de selección”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M^a., *Sistema de Derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2008.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J.J., *Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DOMINGO ZABALLOS, M.J., “Capítulo 27. Notas sobre la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Administración Local. Estudios en homenaje a Ángel Ballesteros*, Dir., BALLESTEROS ARRIBAS, S., La Ley, el Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2011.
- DROMI, R., *Modernización del Control Público*, Hispania Libros, Madrid, 2005.
- EMBID IRUJO, A., “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Algunas reflexiones en las vísperas de su consagración legislativa”, en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1993.
- “Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas”, *REDA*, nº.137, 2008.
 - “Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español”, *RAAP*, nº. 13, 1993.
 - *El ciudadano y la Administración (los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración según la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, INAP, 1994.
- ENDEMAÑO AROSTEGUI, J.M., “La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”, *REALA*, nº. 283, 2000.

- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., y MERCADER UGUINA, J.R., "Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de los nuevos medios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas", *RL*, nº. 3, 1995.
- ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 1986.
- ESPÍN TEMPLADO, E., "Lección 8ª, la cláusula general de igualdad", en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- ESPÍN TEMPLADO, E., FERNÁNDEZ FARRERES, G., y CRUZ VILLALÓN, P., *La reforma de la justicia constitucional*, Thomson Aranzadi y Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia de España, Navarra, 2006.
- ESPINOSA DÍAZ, A., "El recurso de amparo: problemas antes y después de la reforma", *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Marzo, 2010.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., "El ámbito objetivo de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Negociación colectiva en el empleo público: Diagnóstico y perspectivas*, Observatorio de la Negociación colectiva, CCOO-Cinca, 2010.
- FÉREZ FERNÁNDEZ, M., "El estatuto jurídico de los empleados públicos en las Administraciones autonómicas", en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009.
- "Capítulo IV", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007.
 - "El procedimiento selectivo: reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*, IVAP, Oñate, 1997.
 - "El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado", *DA*, nº. 241-242, 1995.
 - "Planificación de recursos humanos", en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, La Ley, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.

- “Reflexiones sobre la necesaria renovación del modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Jornadas sobre la selección de personas en las Administraciones Públicas* (Vitoria-Gasteiz, 1996), IVAP, Oñati, 1997.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., “El personal eventual en tiempos de crisis”, *AJA*, nº. 856, 2013.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso al empleo público*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2005.
- *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, IAAP, Sevilla, 2006.
- FERNÁNDEZ ESPINAR, L.C., “El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 26, 2012.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G., “Administraciones Instrumentales”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
- “Corporaciones de Derecho Público”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, Madrid, 2004.
 - “El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo”, *CDJ*, nº. 7, 1993.
 - “La reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional, comentario a la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo”, en AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
 - “Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional”, *RCEC*, nº. 12, 1992.
- FERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M., “El sector público ante la temporalidad: ¿solución o parte del problema? Factores explicativos de la estabilidad del empleo público en España”, en *XVI Encuentro de Economía Pública: 5 y 6 de febrero de 2009*, Palacio de Congresos de Granada, 2009.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, A., *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S., “Algunas proposiciones para una ley de acceso a la información”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº. 105, 2002.
- “Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno”, *AA*, nº. 12, 2012.
 - “Diez anotaciones para una ley española de acceso a la información pública”, en AA.VV., *El papel del Derecho de la Información en la Sociedad del Conocimiento. El derecho de acceso a la información pública*, *Actas del*

Seminario Internacional Complutense Madrid, 27 -28 junio 2007, Coord. SÁNCHEZ DE DIEGO FERNÁNDEZ DE LA RIVA, M.

- *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Autonomía universitaria: ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., "Protección de datos personales y Administración electrónica", *REPD*, nº. 1, 2006.

- "La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización, Nuevas Políticas Públicas", *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, nº. 1, 2005.

- "La difusión de información administrativa en Internet y la protección de los datos personales: análisis jurídico de un proceso de armonización", en AA.VV., *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

- "La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de los datos personales", *RARAP*, nº. 26, 2005.

FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007.

FERNÁNDEZ-CARNICERO GONZÁLEZ, C.J., "La STC 49/2008, una sentencia desfalleciente", *RATC*, nº. 10/2008.

FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, M^a.E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2003.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A.J., "Aproximación al régimen jurídico-normativo de los órganos de selección de funcionarios al servicio de la Administración Local", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública ¿la reforma adecuada?*, *Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Fundación Genesian, Sevilla, 1999.

- "Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable", *RGAP*, nº. 19, 1998.

FONDEVILA ANTOLÍN, J., "La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales reguladores del acceso al empleo público", *Justicia Administrativa*, Lex Nova, nº. 40, 2008.

- “Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y Relaciones de Puestos de Trabajo: jurisprudencia reciente”, *RVAP*, nº. 28, 1990.
- *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, Comares, Granada, 2000.
- *La selección y pérdida de la condición de empleado público, especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Atelier, Barcelona, 2008.

FOSSAS ESPADALER, E., “El proyecto de reforma de la Ley orgánica del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Hacia una nueva jurisdicción constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

- *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

FREIXES SANJUÁN, T., “Contenido esencial de los derechos fundamentales” en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001.

FUENTETAJA PASTOR, J.A., “Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas: perspectivas de una reforma”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, nº. 16, 2000.

- “De la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública”, en AA.VV., *Crisis económica y función pública*, Dir. FUENTETAJA PASTOR, J.A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

FUENTETAJA PASTOR, J.A., y MEDINA GONZÁLEZ, S., *La protección de datos en la Administración Local*, Iustel, Madrid, 2008.

Funcionarios de Administración Local, Selección y Provisión, Utilización de la entrevista en el concurso-oposición, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 21 de 2007.

GALÁN VIOQUE, R., “Un nuevo episodio en la estabilización del personal interino al servicio de las Administraciones Públicas: la suspensión judicial de los procesos selectivos de la Junta de Andalucía para consolidar su empleo temporal (comentario en torno al Auto de 13 de diciembre de 1999 de la sección primera de la Sala de lo contencioso-administrativo, con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía)”, *RAAP*, nº. 36, 1999.

GALLARDO CASTILLO, M^a.J., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Tecnos, Madrid, 2010.

- GALLEGO ANABITARTE, A., en el prólogo a MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- GALLEGO MORALES, A.J., “Comentario al artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 1998.
- GÁLVEZ, J., “Artículo 14”, en *Comentario a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980.
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Proceso administrativo para la protección de los derechos fundamentales: doctrina, jurisprudencia, formularios generales y casos prácticos con formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- GARCÍA CÍVICO, J., *La tensión entre mérito e igualdad: El mérito como factor de exclusión*, Tesis doctoral, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, *RAP*, nº. 38, 1962.
- “Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común”, *RAP*, nº. 130, 1993.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson Civitas, Madrid, Ediciones de 1999 y 2006.
- GARCÍA GARCÍA, M^a.J., “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº. 15, 2008.
- GARCÍA LLOVERT, E., “La Administración Institucional de la Comunidad Autónoma de Galicia”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- “Autoridades Administrativas Independientes y Estado de Derecho”, *RAP*, nº. 131, 1993.
- GARCÍA LÓPEZ, R., “La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *REDT*, nº. 44, 1990.
- GARCÍA LUENGO, J., *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA MACHO, R., “El derecho a la información, a la publicidad y transparencia en las relaciones entre la Administración, el ciudadano y el público”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

- GARCÍA MORILLO, en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, edición 7ª, 2007.
- GARCÍA PIQUERAS, M., *En las fronteras del Derecho del Trabajo*, Comares, Granada, 1999.
- GARCÍA ROCA, J., "La experiencia de veinticinco años de jurisdicción constitucional en España", en AA.VV., *La reforma del Tribunal Constitucional. Actas del V Congreso de la Asociación de constitucionalistas de España*, Coord. PÉREZ TREMP, P., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- *Cargos públicos representativos, un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- GARCÍA ROMERO, B., "Intermediación laboral: la ampliación del ámbito de actuación de las empresas de trabajo temporal en el mercado de trabajo", en AA.VV., *X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilla, España, 21 al 23 de septiembre de 2011*.
- GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALAGUER, M., M., "Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición tras la Ley 35/2010", *RL*, nº. 3, 2011.
- "Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición: su revisión tras el RDL 10/2010", en AA.VV., *El empresario Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- GARCÍA RUIZ, J.L., "El marco constitucional de la Función Pública y el Estado Autonómico", *REDC*, nº. 55, 1999.
- "El marco constitucional de la función pública y el Estado autonómico", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A., *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Vol. I, 1970.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, J.A., "Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública", *RAP* nº. 121, 1990.
- "¿Es aplicable el artículo 23.2 de la Constitución al personal laboral de las Administraciones Públicas? Comentario a la STC 281/1993, de 27 de septiembre", *JCTSS*, 1993, pg. 681 y ss., y *REDT*, nº. 72, 1995.
- GARRIDO FALLA, F., "Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales", *REDA* nº. 79, 1993.
- "Origen y evolución de las Entidades instrumentales de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Administración instrumental, libro*

- homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- *Administración indirecta del Estado y descentralización*, IEAL, Madrid, 1980.
 - *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Tecnos, Madrid, 1985.
 - *Reformas de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 1985.
- GARRIDO GÓMEZ, M^a.I., *Igualdad en el contenido y en la aplicación de la Ley*, Dykinson, Madrid, 2009.
- GASCÓN VERA, L., “Constitucionalidad del art. 96.2 EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública”, *AS*, nº. 67/2012.
- GAVARA DE CARA, J.C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2005.
- *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, CEC, Madrid, 1994.
- GIL CEBRIÁN, C., “Cuerpos y puestos de trabajo” en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003.
- GIL PLANA, J., “Capítulo III. La tipología contractual aplicable a las entidades locales”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010.
- “La selección del personal laboral de las Administraciones locales”, *REL*, nº. 112, 2008.
- GIMÉNEZ ASENSIO, R., “Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local”, *RVAP*, enero-abril 2008.
- GIMENO FELIÚ, J. M^a., “Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública”, *RAP*, nº. 144, 1997.
- GODINO REYES, M., “La problemática de la contratación laboral en la Administración Local”, *REDT*, nº. 81, 1997.
- *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1996.
- GOERLICH PESET, J.M^a., y NORES TORRES, L.E., “Reestructuración de plantillas en los Entes Locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la administración Pública”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Coord. CLIMENT BARBERÁ, J., y BAÑO LEÓN, J.M^a., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GOERLICH PESET, J.M^a., *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- "Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo", en AA.VV., *Contratación y consumo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

- *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

GOERLICH PESET, J.M^a., y VEGA LÓPEZ, J., "¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla", *RL*, nº. 11, 1998.

GÓMEZ AGUSTÍN, M., *El renacimiento del INI. Situación y perspectivas del sector público autonómico y local*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2004.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Dignidad y ordenamiento comunitario", *RDCE*, nº. 4, 2005.

- *El Tribunal de cuentas: el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

- "El control económico-financiero externo del estado: El tribunal de Cuentas", *RDP*, nº. 41, 1996.

- "Algunas reflexiones sobre la naturaleza constitucional del Tribunal de Cuentas", en AA.VV., *Estudios de Derecho Público. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.

- "Estado constitucional y protección internacional", en AA.VV., *"Pasado, presente y futuro de los derechos fundamentales"*, Coord. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., UNED y Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, México, 2004.

- "La protección de los datos genéticos: el derecho a la autodeterminación informativa", *Derecho y Salud*, vol. 16, nº. Extra, 1, 2008.

- *Derecho Constitucional Europeo: derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2005.

- *Derechos y libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2003.

- *Introducción al régimen constitucional*, Sanz y Torres, Madrid, 2000.

GÓMEZ-FERRER MORANT, R., "La reforma del Tribunal Constitucional", *RAP*, nº. 174, 2007.

GÓMEZ-REINO, E., y DE ALBEL VIELA, F.A., "Privatización, eficiencia y responsabilidad patrimonial del Estado", *RGDA*, nº. 4, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2003.

- *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, CECP, Madrid, 2000.

- GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGOS, J., "Notas sobre las relaciones de trabajo en las Empresas Públicas", en *La Administración Instrumental, libro homenaje a Clavero Arévalo*, Civitas, Madrid, 1994.
- "Las relaciones de trabajo en las empresas públicas", *RL*, nº. 10, 1992.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., LÁZARO ALBA, E., COELLO MARTÍN, C., y SARMIENTO LARRAURI, J.I., "Acceso a la función pública y provisión de puestos de trabajo y ejecución de sentencias en materia de funcionarios", *REDA*, nº. 133, 2007.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., "A Vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia Reciente y reflexiones críticas", *REDA*, nº. 127, 2005.
- GONZÁLEZ GALLARDO, L., "El Estatuto de la Función Pública. Gestación y necesidad actual", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Colex, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ MURUA, A. R., "Comentario a la S.T.C. 254/1993, de 20 de julio. Algunas reflexiones en torno al artículo 18.4 de la Constitución y la protección de los datos personales", *RVAP*, nº. 37, 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, ediciones de 2007 y 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La selección de los funcionarios públicos", *DA*, nº. 7, 1958.
- GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., "Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local", *REALA*, nº. 274-275, 1997.
- "¿El giro o tráfico administrativo en régimen jurídico privado?", *Boletín de Información. Ministerio de Justicia e Interior*, nº. 1733, 1995.
- *El Derecho administrativo privado*, Montecorvo, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ-HABA GUIADO, V.M., "Los problemas del personal no funcionario", *REALA*, nº. 225, 1985.
- GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J., *El Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- GOÑI SEIN, J.L., "Ámbito subjetivo de aplicación del Estatuto. Concepto y clases de empleado público. Adquisición y pérdida de la relación de servicio", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTI, Madrid, 2009.

- GORRITI BONTIGUI, M., y LÓPEZ BASTERRA, J., *Identificación de criterios de desempeño a partir del análisis de puestos*, IVAP, Oñati, 2009.
- GORRITI, M., SALGADO, J., y MOSCOS, S., “La entrevista estructurada y el desempeño laboral en la Administración Pública española: propiedades psicométricas y reacciones de justicia”, *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, volumen 23, nº. 1, 2007.
- GORRITI, M., y TOÑA, F., “El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, *PGP*, nº. 41, 2005.
- GRANADO HIJELMO, I., “La Administración entre el Derecho Público y el Privado: doce grandes transformaciones que precisa nuestro sistema jurídico”, *RGDA*, nº. 17, 2008.
- GRAU MORANCHO, R., *Laboralización Administraciones Públicas*, Trivium, Madrid, 1998.
- GUAITA, A., “Régimen de los derechos constitucionales”, *RDP*, UNED, nº. 13, 1982.
- GUERRERO PICÓ, M^a.C., *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de carácter Personal*, Civitas, Madrid, 2006.
- GUICHOT REINA, E., “Acceso a la información en poder de la Administración y protección de datos personales”, *RAAP*, nº. 173, 2007.
- “Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio”, *RCDP*, nº. 35, 2007.
 - “El nuevo Derecho europeo de acceso a la información pública”, *RAP*, nº. 160, 2003.
 - “La comunicación de datos personales en poder de la Administración. Aspectos generales y especialidades derivadas de la comunicación por vía telemática”, en AA.VV., *Administración Electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*, Coord. COTINO HUESO, L., y VALERO TORRIJOS, J., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
 - *Datos personales y Administración Pública*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.
 - *Publicidad y privacidad de la Información Administrativa*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
 - Transparencia versus protección de datos, www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx.
 - *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado*, Derecho Global, Sevilla, 2010.

- *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ GIL, A.J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Coord. GONZÁLEZ RIVAS, J.J., La Ley, Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., “El sistema de selección de funcionarios públicos”, *DA*, nº. 103.
- “La carrera administrativa en España: evolución y perspectivas”, *DA*, nº. 210-211, 1987.
- “La función del cuerpo en el sistema de carrera”, *RVAP*, nº. 26, 1990.
- GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “Repercusiones de la declaración de nulidad del concurso para la provisión de plazas laborales en la Administración Pública en los contratos celebrados a su amparo. (Comentario a la STS 4ª de 3 de marzo de 1999)”, *RL*, nº. 1, 1999.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad y motivación. (Algunos aspectos teórico-generales)*, en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003.
- *Discrecionalidad, técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998.
- IGLESIAS FRÍAS, E., “Transparencia versus privacidad. Publicaciones nominativas en el Boletín Oficial del Estado”, *AA*, nº. 13, 2005.
- ILDEFONSO HUERTAS, R.M., “Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica”, *JA*, nº. 12, 2001.
- “Los procesos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas en el siglo XXI. Especial consideración de los órganos de calificación y su discrecionalidad técnica”, en AA.VV., *Panorama jurídico de las Administraciones Públicas en el siglo XXI: homenaje al profesor Eduardo Roca Roca*, INAP, Madrid, 2002.
- *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, IAAP, Sevilla, 2004.
- INAP, *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, INAP, Madrid, 2005.
- ITURRIAGA URBISTONDO, F.J., “El personal eventual: Análisis jurisprudencial. Naturaleza Jurídica y Normativa (II),” *Noticias Jurídicas*, junio 2007.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Debilidades del marco normativo estructural del empleo público para afrontar un escenario de profunda y prolongada crisis fiscal”, en AA.VV., *Crisis económica y función pública*, Dir. FUENTETAJA PASTOR, J.A., y CANTERO MARTÍNEZ, J., Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

- “El proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información y buen gobierno: su incidencia sobre las Entidades Locales. Un primer análisis, *Revista CEMCI*, nº. 16, 2012.
- “Luces y sombras del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. DEL REY GUANTER, S., La Ley, Madrid, 2008.
- “Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local”, *RVAP*, nº. 80, 2008.
- *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*, INAP, Madrid, 1989.

JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Dir. ALZAGA, O., Cortes Generales, Edersa, Madrid, 1996.

- “La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones”, *REDC*, nº 20, 1987.
- *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F.J., “Organización Instrumental Pública en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado”, en AA.VV., *Estudios sobre la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado*, Dir. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., y ÁLVAREZ CONDE, E., CGPJ, Madrid, 1999.

- *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987.

JUNQUERA GONZÁLEZ, J, “El sistema de oposición”, *RDA*, nº. 137, 1970.

LAGUNA DE PAZ, J. C., “La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.

- *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- “La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo”, *RAP*, nº. 136, 1995.

LAHERA FORTEZA, J., “La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla en la Administración Pública (Comentario a la STS de 27 de mayo de 2002)”, *RL*, nº. 23 y 24/2002.

- “La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria”, *RL*, nº. 10/2007.

LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, IEA, Madrid, 1970.

LAMARCA PÉREZ, C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”, *REDC*, nº. 20, 1987.

LANDA ZAPIRAIN, J.P., *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, CES, Madrid, 1999.

LAPORTA, F., “Problemas de igualdad”, en VALCÁRCEL, A., *El concepto de igualdad*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 1994.

LAPUENTE GINÉ, V., “El sistema de mérito como garantía de estabilidad y eficacia en las sociedades democráticas avanzadas”, *DA*, nº. 286-287, 2010.

LARIOS RISCO, D., “Artículo 12. Personal Eventual”, en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “Notas sobre el Derecho Administrativo de la información”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

LÁZARO, J.L., “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir., DEL REY GUANTER, S., y Coord., FÉREZ FERNÁNDEZ, M., La Ley, Madrid, 2008.

LEGUINA VILLA, J., “Algunas ideas sobre la Constitución y la huída del Derecho Administrativo”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº. 19, 1995.

LEÓN CAVERO, R.A., y BAL FRANCES, E., “Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas”, *AJA*, nº. 296, 1997.

LIMÓN LUQUE, M.A., “La igualdad de acceso del personal laboral a la función pública. Las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo”, *RT*, nº. 99, 1990.

LINS DE LESSA CARVALHO, F., *Acceso igualitario a la función pública. Consideraciones sobre el Modelo Español de Selección de los Funcionarios*, Juruá, Lisboa, 2011.

- *El acceso igualitario a la función pública: análisis del Derecho Español y Brasileño*, Tesis Doctoral, Salamanca, 2010.

LLISET BORREL, F., y GRALI ÁVILA, S., “La Función pública local” en *Informe sobre el Gobierno Local*, MAPA, Madrid, 1992.

- LLOBERA VILA, M., "Contratación temporal irregular en Administraciones Públicas y novación posterior a través de contrato administrativo de interinidad fundado en norma foral", *AS*, nº. 62/2011.
- LONGO, F., *Mérito y flexibilidad: la gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Paidós, Barcelona, 2004.
- LÓPEZ BALAGUER, M., "Capítulo VII, Supuestos excluidos de utilización del contrato de puesta a disposición", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, Dir. MOLERO MARAÑÓN, M^a. L., y VALDÉS DAL-RÉ, F., La Ley, Madrid, 2009.
- LÓPEZ GANDÍA, J., "Algunas consideraciones generales acerca de los problemas aplicativos del Derecho del Trabajo en la contratación temporal de la Administración Pública", *PJ*, nº. 3, 1986.
- *Contrato de trabajo y figuras afines*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal interino de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, Albacete, 2010.
- *La Reforma Laboral 2010: análisis de la ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, El Derecho, 2010.
- LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995.
- *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Civitas, Madrid, 2009.
- LÓPEZ GUERRA, L., "Técnica legislativa y legislación estatal con incidencia en las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *El funcionamiento del Estado Autonómico*, MAP, Madrid, 1996.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPES, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., "Intermediación en el Mercado de Trabajo y Empresas de Trabajo Temporal en la reforma de 2010: sobre la violación de derechos fundamentales", en AA.VV., *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Coord. BAYLOS GRAU, A., Bomarzo, Albacete, 2011.
- LÓPEZ MENUDO, F., "La tipología de entes de la Administración Institucional. Régimen jurídico de los Organismos Autónomos y de las Entidades Públicas Empresariales", en AA.VV., *Administración Institucional*, CDJ, Madrid, 2004.
- LÓPEZ RAMÓN, R., "El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración Independiente", *RAP*, nº. 1226, 1991.

- LÓPEZ RODÓ, L., "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *RAP* nº. 100-102, 1983.
- LORENZO DE MEMBIELA, J.B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Aranzadi, Pamplona, 2009.
- LOSANO, J.G., PÉREZ LUÑO, A.E., y GUERRERO MATEUS, M.F., *Libertad informática y leyes de protección de datos*, CEC, Madrid, 1989.
- LUCAS DURÁN, M., *El acceso a los Datos en poder de la Administración Tributaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., "Las vicisitudes del derecho de la protección de datos personales", en AA.VV., *La democracia constitucional, Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente*, Congreso de los Diputados, Tribunal constitucional, Universidad Complutense, Fundación Ortega y Gasset, CEPC, Madrid, 2002.
- *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- LUJÁN ALCARAZ, J., "Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial", *AS*, nº. 16/2000.
- "El ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº. 58, 2005.
 - *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo. Contribución al estudio del ámbito de aplicación subjetivo del contrato de trabajo*, MTSS, Madrid, 1994.
- MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, INAP, Madrid, 2000.
- MAIRAL JIMÉNEZ, M., *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, CEMCI, 1990.
- MALARET GARCÍA, E., "Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento", *RCDP*, nº. 35, 2007.
- *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Civitas, Madrid, 1993.
- MALEM SEÑA, J., *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Gedisa, Barcelona, 2002.
- MARÍN ALONSO, I., "El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público", *RL*, nº. 8/2009.
- "Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010", *RL*, nº. 22/2011.
- MARINA JALVO, B., "Consideraciones sobre el Informe para el Estudio y Preparación del EBEP", *JA*, nº. 29, 2005.

- MARRERO GARCÍA-ROJO, A., “El derecho a participar en los asuntos públicos y el acceso a cargos públicos representativos”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española. XXX Aniversario*, Dir. CASAS BAAMONTE, M^a.A., y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., Fundación Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2009.
- MARTÍN MORENO, J.L., *El control de las oposiciones y concursos en el Estado constitucional*, Liberlex, Granada, 2007.
- *El Derecho fundamental de acceso a la Función Pública*, Liberlex, Granada, 2006.
 - *Quiebras y desviaciones del sistema de mérito en la función pública. ¿Qué hacemos con los cacicatos del siglo XXI?*, Liberlex, Granada, 2006.
- MARTÍN REBOLLO, L., “El Estatuto del Empleado Público: un Godot que no ha llegado”, *RAP*, nº. 174, 2008.
- “El personal al servicio de la Comunidad Autónoma”, en AA.VV., *Derecho Público Aragonés. Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón*, Dir. EMBID IRUJO, A., El Justicia de Aragón-Ibercaja, Zaragoza, 1990.
 - *Leyes administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.
 - Prólogo a FONDEVILA ANTOLÍN, J., *La selección y pérdida de la condición de empleado público, especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Atelier, Barcelona, 2008.
- MARTÍN VALVERDE, A., (dir) y GARÍA MURCIA, J., (coord), *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Aranzadi, Navarra, 2008.
- MARTÍN VIDA, M^a.A., *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Instituto de Estudios de la Mujer, Universidad de Granada, Granada, 2004.
- MARTÍN-CARO GARCÍA, F., BETTSCHEN CAPA, B., y ESTOA PÉREZ, A., *Las agencias estatales*, lustel, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ BLANCO, A., “El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas”, *DA*, nº. 194, 1982.
- MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., “La delimitación subjetiva de la figura empresarial (ex artículo 1.1.ET): concepto de Administración Pública”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.
- “Relación laboral común versus relación laboral de régimen específico”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.

- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, Civitas, Navarra, 2009.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos", *RGDA*, nº. 27, 2011.
- "¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)", *RAP*, nº. 144, 1997.
 - "Fundaciones privadas del sector público: problemas de constitucionalidad", en AA.VV., *La enseñanza del Derecho Administrativo, Tercer Sector y Fundaciones, Rutas Temáticas e Itinerarios Culturales (XIII Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo, Salamanca, 9-11 octubre 2000)*, Cedecs, Barcelona, 2002.
 - *Introducción al Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986.
- MARTÍNEZ MARÍN, A., *Régimen jurídico de los funcionarios*, Tecnos, Madrid, 1999.
- MARTÍNEZ MARTÍ, G., "El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades públicas y la huída del Derecho Administrativo", *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, nº. 3, 2001.
- MARTÍNEZ MORENO, C., "Privatización en la gestión de servicios y descentralización productiva en las Administraciones Públicas: algunos ejemplos de las repercusiones en las relaciones individuales de trabajo asalariado", en AA.VV., *Relaciones laborales en las Administraciones Públicas*, Dir. LUELMO MILLÁN, M.A., *CDJ, CGPJ, VII*, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ TAPIA, R., *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*, Universidad de Almería, Almería, 2000.
- MARTINEZ-PUJALTE, A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., "¿Funcionarios públicos por gracia del partido? Consideraciones en torno a las relaciones entre funcionarios públicos y partidos políticos", *RAP*, nº. 39.
- En MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., y OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.
 - Prólogo a RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Zaragoza, 2008.
 - *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Aranzadi, Navarra, 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "Las empresas públicas; reflexiones del momento presente", *RAP*, nº. 126, 1991.

- “Reflexiones sobre la «huida» del Derecho administrativo”, *RAAP*, nº. 140.
 - *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1998.
 - “Las empresas públicas. Reflexiones desde el momento presente”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- MARTOS NAVARRO, F., “Los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y para la realización de trabajos específicos concretos y no habituales”, en AA.VV., *Estudios sobre la contratación en las Administraciones Públicas*, Coord., CASTILLO BLANCO, F.A., CEMCI, Granada, 1996.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales”, *AS*, nº. 18/2007.
- “Clasificación y características de las diversas categorías de empleados públicos en la ley 7/2007”, en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009.
- MAURANDI GUILLÉN, N., “Los entes instrumentales como fenómeno de crisis del Derecho administrativo clásico. Alternativas de futuro para un presente confuso”, *Jueces para la Democracia*, 2011.
- MAURI MAJÓS, J., “Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas”, *QDL*, nº. 19, 2009, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- “El acceso al empleo público”, en AA.VV., *Manual de Empleo Público*, Dir. CASTILLO BLANCO, F.A., Coord. QUESADA LUMBRERAS, J.E., Iustel, Madrid, 2009.
 - “La negociación colectiva en el desarrollo legislativo tras el Estatuto Básico del Empleado Público y, en particular, en el anteproyecto de Ley de Empleo Público de Aragón”, en AA.VV., *El empleo público en Aragón y tendencias de futuro*, Monografías de la RARAP, nº 13, 2011.
 - “Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública”, *QDL*, nº. 26, 2011.
 - *Los contratos de consultoría y asistencia y de servicios*, Ponencia escrita, Barcelona, 2000.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, *AS*, nº. 14/2000.
- “Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones*

Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2001.

- "Los contratos administrativos para trabajos específicos: naturaleza, régimen jurídico y delimitación respecto de los contratos laborales para obra o servicio determinado", *TL*, nº. 41, 1997.

- *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones Intelectuales, asistencias y consultorías*, Thomson Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2009.

MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Thomson Civitas, Madrid, 2003.

MESTRE DELGADO, J.F., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Civitas, Madrid, 1993.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Estudio DELPHI. La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, MAP, Madrid, 1990.

MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *La modernización de la Administración del Estado*, INAP, Madrid, 1991.

MOLERO MARAÑÓN, M.L., "La consolidación de una nueva categoría contractual en el ámbito de la Administración Pública: el contrato temporalmente indefinido", *RL*, nº. 1/2004.

- *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

MOLINA GARCÍA, M., "Condiciones de acceso al empleo público. Particular referencia a la nacionalidad, la extranjería y la ciudadanía europea", en AA.VV., *Las Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Vol. I, Madrid, 2000.

- *El contrato de trabajo en el sector público*, Comares, Granada, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., "Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos", en *Trabajo y Seguridad Social*, Revista del Centro de Estudios Financieros, 2007, nº. 293-294.

- "Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva "milonga" del "capitalismo de casino", *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, nº. 328, 2010.

- "Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2008.

MOLINER TAMBORERO, G., "La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV., *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único*

para el personal laboral de las Administraciones Públicas, Dir. MOLINER TAMBORERO, G., CGPJ, Madrid, 2000.

MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M^a.N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., MALDONADO MOLINA, J.A., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Manual de Empleo Público (Instituciones, relaciones sindicales y marco legal del personal de las Administraciones Públicas)*, Comares, Granada, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C., "Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2008.

- "Gobernanza y políticas de buena administración: el Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Comares, Granada, 2008.

MONROY ANTÓN, A., "La endogamia en la Universidad: tratamiento jurídico y vías de solución", AA, n.º 5/2008, Tomo 1, La Ley.

MONTORO CHINER, M^a.J., "El marco jurídico constitucional sobre el acceso a los empleos públicos", en AA.VV., *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Comares, Granada, 1998.

- "Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones", *RAP*, n.º. 136, 1995.

MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

- "*Reflexiones sobre el Sector Público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización*", Ponencia en Estructuras Administrativas y racionalización del gasto, VII Congreso, EPDA Tarragona, 10-11 de febrero de 2012.

- *Las garantías de la instrumentalidad de las empresas públicas sometidas al derecho privado*, tesis doctoral, 1995.

MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo", *REDT*, n.º. 91, 1998.

- "Las Administraciones Públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo Estatuto del Empleado Público)", en *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir. LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, Madrid, 2007.

- "Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas", *RMTI*, n.º. 93, 2011.

MORA MATEO, J.E., "La frontera entre la relación laboral y la relación administrativa en la prestación de servicios a las Corporaciones Locales",

- en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputación Provincial de Zaragoza, Barcelona, 2004.
- MORELL OCAÑA, L., “Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa”, *RAP*, nº. 156, 2001.
- “La autonomía local”, *RGDA*, nº. 13, 2006.
 - “La formación de la estructura funcionarial española bajo el sistema de mérito”, en *La Justicia Administrativa, libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.
 - *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1, Aranzadi, Pamplona, 1996.
 - *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1994.
- MORENO LÓPEZ, J.L., “El estatuto jurídico de los empleados públicos en las Administraciones Locales”, en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009.
- MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo régimen de la contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2000.
- MORENO VIDA, M^a.N., “Capítulo III. Las empresas de trabajo temporal tras la reforma laboral: consolidación y expansión del modelo”, en AA.VV., *La reforma laboral 2010-2011 y su instrumentación normativa*, DiR., y Coord. MONEREO PÉREZ, J.L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., Comares, Granada, 2011.
- MOREU CARBONELL, E., “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”, *RAP*, nº. 144, 1997.
- *El examen en el nuevo sistema educativo español. Régimen jurídico de los exámenes académicos*, Comares, Granada, 2003.
- MOREY JUAN, A., *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, INAP, Madrid, 2004.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., “La huída del Derecho Administrativo”, en AA.VV. *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- “Las situaciones administrativas de los funcionarios en la Ley de Medidas para la reforma de la Función Pública”, *REDA*, nº. 48, 1985.
- MUÑOZ ARNAU, J.A., *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Aranzadi, Carlos III, Pamplona, 1998.

- MUÑOZ MACHADO, S., "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", en el *Seminario sobre relaciones administración-ciudadano: información, documentación y libertades públicas*, organizado por el Instituto Nacional de Prospectiva, 1980.
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L., "Artículo 1. Objeto", en AA.VV., *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Civitas, Cizur Menor, 2010.
- MUT GONZÁLEZ, F., *La aplicación del derecho del trabajo en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CECP, BOE, Madrid, 2000.
- NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, Colex, Madrid, 2000.
- NICOLÁS BERNARD, J.A., *El fraude de ley en la contratación temporal y su incidencia en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.
- *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, Comares, Granada, 2002.
- NICOLÁS MARTÍNEZ, H.E., "Contratación laboral o administrativa de los empleados públicos", en AA.VV., *El estatuto jurídico del empleado público. Estudio particular de algunos aspectos críticos del personal laboral*, Coord. GAYARRE CONDE, I., y BURZACO SAMPER, M., Dyckinson, Madrid, 2009.
- NIETO GARCÍA, A., "Los estudios sobre la Administración Pública: la necesidad de construir una disciplina que sea la base formativa de una clase directiva profesionalizada", *DA*, nº. 200, 1984.
- "De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo", *REDA 1976-1977*, nº. 11-15.
 - *La organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1984.
 - "La noche oscura de la función pública", *Cuadernos Económicos ICE*, nº. 13, 1980.
 - *El desgobierno de lo público*, Ariel, Barcelona, 2007.
 - *Estudios históricos de Administración y Derecho administrativo*, INAP, Madrid, 1986.
 - *La nueva organización del desgobierno*, Ariel, Barcelona, 1996.
- NIEVES NIETO, N., "El acceso al empleo público laboral", *RMTI*, nº. 93, 2011.
- NÚÑEZ ROLDÁN, F., "El príncipe y la igualdad", artículo de opinión publicado en el periódico Granada Hoy, de 7 de agosto de 2005.

- OJEDA AVILÉS, A., "El empleo temporal en las Administraciones Públicas (una aproximación unitaria)", *REDA*, nº. 56, 1987.
- *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, Comares, Granada, 1998.
- OLARTE ENCABO, S., "Empleo y colocación en la negociación colectiva de los Entes Locales de Andalucía", en AA.VV., *La negociación colectiva en los Entes Públicos Locales de Andalucía*, Coord. PRADOS DE REYES, F.J., IAAP, Sevilla, 2007.
- OLIVA Y DE CASTRO, A., "Selección, formación y perfeccionamiento de funcionarios", en AA.VV., *III Semana de Estudios de la Reforma Administrativa*, Madrid, 1963.
- OLIVERA MASSÓ, P., "La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública", *RL*, Tomo I, 1991.
- OLMEDO GAYA, A.I., "Notificación y publicación de los actos administrativos tras la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *AA*, nº. 26, 1999.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., "Introducción", en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007.
- "Introducción", a PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
 - "La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto básico del empleo público", *III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Granada, 2008.
- ORTIZ VAAMONDE, S., *El levantamiento del velo en el Derecho Administrativo. Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004.
- OTTO, I., "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas," en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Civitas, Madrid, 1986.
- PALLARÉS MORENO, M., "Bases y desarrollo autonómico del régimen estatutario de los funcionarios públicos", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999.

PALOMAR OLMEDA, A., "Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad del a Administración", *RICA*, vol. 57, nº. 4, 1990.

- "De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público", *AJA*, nº. 624 (Comentario), 2004.

- "De nuevo sobre el tema de la contratación administrativa en el ámbito de las Administraciones Públicas. Comentario a la Sentencia del Juzgado núm. 31 de Madrid de 21 de marzo de 2005 (AS 2005, 1153)", *AS*, nº. 7/2005.

- "El lindero entre la transparencia y la protección de datos personales en la actividad administrativa", *Datospersonales.org, la Revista de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid*, nº. 56, abril 2012.

- "La externalización y sus causas. La organización administrativa, ¿el pretexto o la causa? Un análisis de las formas de actuación administrativa", en AA.VV., *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011.

- "La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración y, especialmente, de la Administración local", *REL*, nº. 112, 2008.

- "Planificación e instrumentos de gestión de los recursos humanos", en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, La Ley, Madrid, 2010.

- *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- *Derecho de la Función Pública, régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, ediciones de 1999, 2000, 2003 y 2011.

- *Empleo Público Local*, Bosch, Barcelona, 2005.

- *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Comares, Granada, 1998.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., "Validez del contrato", en AA.VV., *Comentarios a las Leyes laborales*, Dir. BORRAJO DACRUZ, E., Edersa, Madrid, 1985.

- "La versión 2010 de la reforma laboral permanente (La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo)", en AA.VV., *La Reforma del Mercado de Trabajo, Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Dir. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J., Lex Nova, Valladolid, 2010.

PARADA VÁZQUEZ, R., "La Administración Institucional de la Comunidad de Madrid", en AA.VV., *Estudios sobre el derecho de la Comunidad de Madrid*, Coord. GÓMEZ-FERRER MORANT, R., Civitas, Madrid, 1987.

- "Empleo público y globalización de la economía", en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999.
- "Empleo público y globalización", *DA*, nº. 142.
- "La degeneración del modelo de función pública", *RAP*, nº. 150, 1999.
- *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, Madrid, ediciones de 1994, 1997, 1999 y 2005.
- *Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- Prólogo a la obra de BAUZA MARTORELL, F.J., *La desadministración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común (estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992)*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

PAREJO ALFONSO, L., "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley 30/1992", en AA.VV., *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Dir. LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., Tecnos, Madrid, 1993.

- "Dominio público portuario y ordenación territorial: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas", *RDU*, nº. 135, 1993.
- "La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública", *DA*, nº. 218-219, 1989.
- "Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas", en AA.VV., *El Estatuto de la función pública a debate*, Colex, Madrid, 2003.
- *Crisis y renovación del Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.
- *El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones*, CDJ, nº. 22, 1996.

PASCUAL GARCÍA, J., "La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público", *PGP*, nº. 60/2010.

PASQUIER, M., y VILLENEUVE, J.P., "Organizational barriers to transparency: a typology and análisis of organizacional behaviour tending to prevent or restrict access to information", *International Review of Administrativo Sciences*, nº. 63, 2007.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- PEÑARRUBIA IZA, J.M., “La moderna jurisprudencia sobre la discrecionalidad técnica”, *RAP*, nº. 136, 1995.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., “La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal”, *AL*, nº. 16, 2010.
- PÉREZ DÍAZ, V., “Carácter y evolución de la Universidad española”, *Claves de Razón Práctica*, nº. 136, 2003.
- PÉREZ GÁLVEZ, J.F., *Las agencias estatales para la mejora de los servicios público*, Comares, Granada, 2007.
- PÉREZ GÓMEZ, J.M., “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Dimensiones de la igualdad*, Dykinson, Madrid, 2008.
- *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998.
- PÉREZ LUQUE, A., “Especialidades de los procedimientos selectivos en el personal interino y eventual”, en AA.VV., *Situación actual y tendencias de la Función Pública*, CEMCI, Granada, 1998.
- *La laboralización y funcionarización del personal de la Administración Local*, CEMCI, Granada, 1999.
 - *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo en las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2005.
 - *La selección del personal permanente de las Corporaciones Locales*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2001.
 - *Personal temporal en las Corporaciones Locales*, Abellá, Madrid, 1989.
- PÉREZ MARTÍNEZ, V., “El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública”, *REALA*, nº. 234, 1987.
- PÉREZ MORENO, A., “Las Entidades Instrumentales en las Comunidades Autónomas”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2004.
- PÉREZ ROYO, J., “Sobre la Sentencia”, *El País*, 17 de febrero de 1990.
- *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

- PÉREZ TREMP, P., “El recurso de amparo constitucional. II. Aspectos procesales”, en AA.VV., *Los procesos constitucionales. Segundo simposio de Derecho Constitucional*, Sevilla, 27 y 28 de septiembre de 1991, CEC, Madrid, 1992.
- “Recurso de amparo”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001.
 - *El recurso de Amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
 - En LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*, Volumen I, Tirant lo Blanch, edición 7ª, 2007.
- PICÓ LORENZO, C., “La discriminación positiva en la función pública”, en AA.VV., *La discriminación positiva*, CGPJ, Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2006.
- PINA, V., TORRES, L., y ACERETE, J.B., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Aeca, Madrid, 2003.
- PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PIÑAR MAÑAS, J.L., “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*, Iustel, Madrid, 2010.
- “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración”, *DA*, nº. 220, 1989.
 - “Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones”, *REDA*, nº. 97, enero-marzo, 1998.
 - “La protección de datos”, en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Volumen 7, Coord. CANO CAMPOS, T., Iustel, 2009.
 - “Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- POMED SÁNCHEZ, L.A., “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, *RAP*, nº. 142, 1997.
- “La intimidad de las personas como límite al acceso a la documentación”, en AA.VV., *La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje a Jesús González Pérez*, Civitas, Madrid, 1993.
 - *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, INAP, Madrid, 1989.

- PRADO LORENZO, J.M., MARTÍN JIMÉNEZ, D., y GARCÍA SÁNCHEZ, I. M^a., “El proceso de corporatización en España: evolución y factores explicativos”, *Auditoría Pública. Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, nº. 47/2009.
- PRADOS DE REYES, F., “Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (I) y (II)”, *AL*, 1990-1.
- PADROS I REIG, C., y COELLO MARTÍN, C., “La extensión del concepto de “Empleo Público” a las empresas mercantiles. Algunos desarrollos recientes”, *AS*, Vol. 6, nº.1, 2013.
- PRATS, J., “Reinventar la Burocracia y construir la nueva gerencia pública”, en <http://www.iigov.org//pnud/bibliote/documentos/docu0063.htm>.
- PRIETO SANCHÍS, L., “El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº. 2, 1983.
- *Estudios sobre derechos fundamentales*, Ed. Debate, Madrid, 1990.
 - *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid, 2005.
- PUERTA SEGUIDO, F., “El acceso a los empleos públicos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2007.
- *El régimen jurídico de la función pública europea. Especial referencia a los principios de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas europeas*, European Public Law Center, Distribution Bruylant, 2001.
 - *La consolidación del empleo público precario*, Lex Nova, Valladolid, 2003.
 - “El acceso al empleo público”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 2007.
- PUERTAS POMAR, E., y EMBID IBÁÑEZ, O., “Las novedades en la selección de personal como palanca de cambio para las Administraciones Públicas”, *RARAP*, Monográfico XIII, 2011.
- PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los Cargos y Funciones Públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1992.
- “Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)”, *REDC*, nº. 30, 1990.
 - “El control judicial de la discrecionalidad técnica ante el Tribunal Constitucional”, *RATC*, nº. 1/2012.

- "El juicio del Tribunal sobre su ley orgánica (Entre la oportunidad y la constitucionalidad)", *RATC*, nº. 6/2008.

- "El requisito de "la especial trascendencia constitucional" en el recurso de amparo", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº. 6/2009.

QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, nº. 13/2001.

QUINTANA LÓPEZ, T., en AA.VV., *Derecho Público de Castilla y León*, Dir. SÁEZ HIDALGO, I., Lex Nova, Valladolid, 2008.

QUINTANILLA NAVARRO, B., y MADRID YAGÜE, P., "Las empresas de trabajo temporal en la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.

QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., "La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad", *AS*, nº. 50/2008.

RABANAL CARBAJO, P., "Las Administraciones Públicas en la negociación colectiva: papel empresarial y papel interventor", en AA.VV., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Dir., LUELMO MILLÁN, M.A., CDJ, VII, CGPJ, MADRID, 2007.

RALLO LOMBARTE, A., "La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales", en AA.VV., *Administración electrónica: estudios, buenas prácticas y experiencias en el ámbito local*, Coord. DE LA HERA PASCUAL, C., Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2010.

- "La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales", *Serie Claves del Gobierno Local*, nº. 12.

RAMIÓ MATAS, C., ponencia en el Curso *El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público*, MAP, Santander, 2007, Santander.

RAMOS MORAGUES, F., "La participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección del personal de las Administraciones Públicas tras el EBEP", *Revista de Jurisprudencia*, nº. 3, 2011.

- "Los principios rectores del acceso al empleo público", en AA.VV., *El Estatuto básico del Empleado Público, XIX Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTI, Madrid, 2009.

- "Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público", *AL*, nº. 2, 2009.

- *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, La Ley, Madrid, 2011.
- RAMOS QUINTANA, M., "Intermediación laboral y empresas de trabajo temporal en la reforma de 2010: la promoción de la intervención privada en el mercado de trabajo", *RL*, nº. 2, 2011.
- RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Reus, Zaragoza, 2008.
- REBOLLO PUIG, M., "Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio", *RAAP*, nº. 161, 2003.
- RECIO SÁEZ DE GUINOVA, J.M^a., y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L., "Líneas generales del Anteproyecto de la nueva ley de empleo público de Aragón", *RARAP*, Monográfico XIII, 2011.
- RECUERDA GIRELA, M.A., "Introducción al Derecho Alimentario", en AA.VV., *Tratado de Derecho Alimentario*, Dir. RECUERDA GIRELA, M.A., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- "La posible aplicación del principio de protección de la confianza legítima en el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria deportiva", *Derecho Deportivo*, vol. 5, Junta de Andalucía, Sevilla, 2004.
 - "La aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como técnica para el cobro de deudas de entes del sector público", en AA.VV., *La morosidad del sector público*, Dir. RECUERDA GIRELA, M.A., Civitas, Madrid, 2012.
 - "La necesaria reforma del régimen de los recursos administrativos: los modelos del recurso extraordinario de revisión y del recurso especial en materia de contratación", *REDA*, nº. 159, 2013.
- RECUERDA GIRELA, M.A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., "Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario", *RAAP*, nº. 83, 2012.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., "Derechos de configuración legal", en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001.
- REVILLA ESTEVE, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- RIVERO LAMAS, J., "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2004.
- "Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general", *REDT*, nº. 124, 2004.

- “Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general”, *Serie Claves del Gobierno Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, nº. 2, 2004.
- RIVERO ORTEGA, R., “Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)”, *RAP*, nº. 151, 2000.
- *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Barcelona, 1998.
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, J.M., “Administración Local: acceso y temporalidad de los nombramientos, provisión de puestos de trabajo, retribuciones y estructura de niveles, movilidad e instrumentos de planificación de los recursos humanos y definición de puestos”, *PGP*, nº. 41/2005.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A., “Criterios de deslinde entre el contrato de trabajo y el contrato administrativo: historia de una tortuosa coexistencia”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público. XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. I, Madrid, 2009.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., "Prólogo", en VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- “La realización del estado social a través de los municipios:: Servicios públicos locales y asistencia social”, en AA.VV., *Estado social y municipios: Servicios públicos locales y prestaciones asistenciales en España y República Dominicana*, Coord. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., y ORTEGA BERARDO, J., Catarata, 2010.
 - *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
 - *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., y VELASCO CABALLERO, F., *Derecho Administrativo, Parte General, Textos y Materiales*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Externalización y empleo público en régimen laboral”, en AA.VV., *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, Dir. ORTEGA ÁLVAREZ, L., INAP, Madrid, 2011.
- “Capítulo II. Contratación”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010.
 - “Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad”, en AA.VV., *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Empresariais*, Instituto Politécnico de Leiria – Escola Superior de Tecnologia e Gestão, Janeiro, 2012.

- "Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público", *RTSS, CEF*, nº. 334, 2011.

- "Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias", *AS*, nº. 42/2010.

- *El fenòmen de la successió empresarial en l'administració pública: contingut i conseqüències de l'aplicació dels articles 42, 43 i 44 de l'Estatut dels Treballadors*, Federación de Municipios de Cataluña, Barcelona, 2010.

RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., "¿Puede el Derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del Derecho", en AA.VV., *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Coord. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., y FABIÁN CAPARRÓS, E.A., Ratio Legis, Salamanca, 2004.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., "El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español", *AA*, nº. 3/2007.

RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., "La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto Ley 10/2010", *Diario La Ley*, nº. 7441, 2010.

-"La reforma del mercado de trabajo y el Real Decreto –Ley 10/2010", *RL*, nº. 2, 2010.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ, M^a.F., *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROJO TORRECILLA, E., "La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas. XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Volumen I, MTAS, Madrid, 2001.

ROMÁN RIECHMAN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F.J., "Líneas de Reforma del Empleo Público", en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dir. SAINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2007.

ROMERO ALONSO, L., "Adquisición y pérdida de la relación de servicio", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 12/2010.

ROMERO RÓDENAS, J.J., *Relaciones laborales en el empleo público*, Ibidem Ediciones, Madrid, 1995.

ROQUETA BUJ, R., "El ámbito objetivo de la negociación colectiva funcionarial y laboral en las Administraciones Públicas", en AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, CGPJ, Manuales de Formación Continuada, nº. 41, 2007.

- "La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación

administrativa”, en AA.VV., *La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas*, Dir. MOLINER TAMBORERO, G., CGPJ, Madrid, 2000.

- “La contratación administrativa de personal: evolución”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MTAS, Madrid, 2001.

- “La negociación colectiva en el proyecto de ley del Estatuto básico del empleado público y en la Ley 21/2006”, *RGDA*, nº. 14, 2006.

- *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007.

RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

RUBIO LLORENTE, F., Prólogo en PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los cargos y funciones públicas: (un estudio del artículo 23.2 de la Constitución)*, Civitas, Madrid, 1992.

- “Igualdad”, en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. ARAGÓN REYES, M., Civitas, Madrid, 2001.

- “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, nº. 31, 1991.

- En AA.VV., *La jurisdicción constitucional en España*, CEC, Madrid, 1995.

- *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1993.

RUIZ ZAPATERO, G.G., “¿Tendrá el recurso de amparo tributario trascendencia constitucional?”, *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, nº. 17/2007.

SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., *Los trabajadores autónomos. Hacia un nuevo Derecho del Trabajo*, Ediciones Cinca, Madrid, 2004.

SAINZ MORENO, F., “El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1979)”, *REDA*, nº. 24, 1980.

- “El Estatuto de la Función Pública después de la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 y de la ley 23/1988”, *RAP*, nº. 117, 1988.

- “Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico”, *REDA*, nº. 8, 1976.

- “Secreto y Transparencia”, en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dir. SAINZ MORENO, F., INAP, Madrid, 2004.

SALA ARQUER, J.M., “Huida al Derecho Privado y huida del Derecho”, *REDA*, nº. 75, 1992.

SALA FRANCO, T., “La contratación temporal en la Administración Pública”, *PJ*, nº. 3, 1986.

- “Informe realizado por el Prof. Dr. D. Tomás Sala Franco, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de Valencia. Estudio general a solicitud de esta última acerca de la posible participación de las organizaciones sindicales en los tribunales y comisiones de selección del personal funcionario y laboral (docente y no docente) a partir del Estatuto Básico del Empleado Público”, www.uv.es/ugt/doc/mesneg/.../informeuveg.pdf.

- “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.

- *Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, MAP, Madrid, 1989.

SALA FRANCO, T., BLASCO PELLICER, A., y ALTÉS TÁRREGA, J.A., *La negociación colectiva en el empleo público*, Informes y Estudios, MTAS, Madrid, 2001.

SALVADOR LAGUARDA, R., “Estatuto del Empleado Público: Veto a los sindicatos en los órganos de selección de empleados públicos”, *AJA*, nº. 824/2011.

SÁNCHEZ BLANCO, A., “El derecho fundamental a la autonomía universitaria”, en *X Jornadas de estudio: introducción a los derechos fundamentales*, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

- “La función pública de los Secretarios e Interventores de la Administración local”, *REAL*, nº. 291, 2003.

- “Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política”, *REDA*, nº. 46, 1985.

- *Internet, sociedad, empresa y poderes públicos*, Comares, Granada, 1999.

SÁNCHEZ ICART, J., “Contratación laboral por la Administración Pública: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable”, *RL*, nº. 14, 1994.

SÁNCHEZ MORÓN, M., “Objeto y ámbito de aplicación”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007.

- “Artículo 23.2. El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., Edersa, Madrid, 1997.

- “Capítulo Segundo: clases de personal”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., Lex Nova, Valladolid, 2008.
- “El derecho a acceder a funciones y cargos públicos”, en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Dir. ALZAGA VILLAAMIL, O., Tomo II, Edersa, Madrid, 1997.
- “El derecho de acceso a la Información en materia de medio ambiente”, *RAP*, nº. 37, 1995.
- “El empleo público en España: problemas actuales y retos del futuro”, *RARAP*, nº. 4, 2001.
- “Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, IAAP, Sevilla, 2003.
- “Igualdad de oportunidades en el acceso a la función pública y estabilización funcional de los interinos. (Comentario a la Sentencia 12/1999, de 11 de febrero, del TC)”, *RAAP*, nº. 34, 1999.
- “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones Públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección. Septiembre de 2011”.
- “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Administración Local”, en AA.VV., *Tratado de Derecho municipal*, Dir. MUÑOZ MACHADO, S., Volumen I, Civitas, Madrid, 2003.
- “Reflexiones sobre la participación del ciudadano en las funciones administrativas en el sistema constitucional español”, *RCDP*, nº. 37, 2008.
- *Derecho de la Función Pública*, Madrid, ediciones de 1997, 2004 y 2008.

SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F.A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. SÁNCHEZ MORÓN, M., Lex Nova, Valladolid, 2007.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., “Título IV de la Ley 30/1992”, en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común*, Carperi, 1993.

- *Principios de Derecho Administrativo General*, Iustel, Madrid, 2004.
- “Comentario al art. 23 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución*, Dir. GARRIDO FALLA, F., Civitas, Madrid, 1980.

- Prólogo a ESCUÍN PALOP, V.M., *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*, INAP, Madrid, 1986.
- SANZ PÉREZ, A.L., “Comentario a la STC 49/2008: Las fuentes del Derecho parlamentario y el Senado”, *RATC*, nº. 9/2008.
- SELMA PENALVA, A., “Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública: comentario a la SJS núm. 33 de Madrid, de 24 mayo 2005 (AS 2005, 1717)”, *AS*, nº. 2/2005.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., “Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas”, *Serie Claves del Gobierno Local*, nº. 2, Fundación Democracia y Gobierno Local.
- “Problemas asociados al empleo del contrato de interinidad en las Administraciones Públicas”, en *Las relaciones laborales en las administraciones locales*, Coord. GÁRATE CASTRO, J., Fundación Democracia y Gobierno Local y Diputación Provincial de Zaragoza, 2004.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., y ARETA MARTÍNEZ, M., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A.V., Aranzadi, Pamplona, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A.V., y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., “El personal laboral del sector público”, *AS*, nº. 14/2007.
- *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2003.
- SERNA BERMÚDEZ, P., “Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información”, *Humana Iura*, nº. 4, 1994.
- SERRANO FERRER, M^a. E., artículo publicado en el Blog Espúblico (<http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>).
- SERRANO GUIRADO, E., *El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.
- SERRANO OLIVARES, R., “Los fenómenos de descentralización en el ámbito de las Administraciones Públicas: aspecto de Derecho Individual del Trabajo”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas: XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia, 19 y 20 de mayo de 2000*, Vol. 1, MTAS, Madrid, 2001.
- SERRANO PASCUAL, A., “La composición técnica de los Tribunales de Selección de Personal en la Administración Local: una asignatura pendiente”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, nº. 19, de 15 de octubre de 2000.

- SERRANO PÉREZ, M^a.M., *El derecho fundamental a la protección de datos, derecho español y comparado*, Civitas, Madrid, 2003.
- SEVILLA MERINO, I., “La composición de los tribunales de acceso a la función pública propia de las corporaciones locales”, en AA.VV., *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje al profesor José M^a Boquera Oliver*, Coord. CLIMENT BARBERÁ, J., y BAÑO LEÓN, J.M^a., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- SIGUÁN SOLER, M., “La selección para el ingreso en la Administración Pública. El sistema de oposición”, *DA*, n^o. 26, 1960.
- SOLANA PÉREZ, A., “La carrera administrativa de los funcionarios públicos”, en AA.VV., *Lecciones de función pública*, Dir. CASTILLO BLANCO, F.A., CEMCI, Granada, 2002.
- “Los Derechos individuales de los empleados públicos locales, especial referencia a los derechos retributivos”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, CEMCI, Granada, 2007.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, (nueva época), n^o. 71, 1991.
- SOMMERMANN, K-P., “La exigencia de una Administración transparente en la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
- SORIANO HERNÁNDEZ, E., “Los Magistrados de las CC AA y del Senado: Comentario a la STC 101/2008, de 24 de julio. Apostillas a la STC 49/2008”, *RATC*, n^o. 16/2009.
- SORIANO, J. E., diario ABC, 19 de enero de 2006.
- SOSA WAGNER, F., “Empleados públicos: festival de leyes”, en el diario el Mundo, de 20 de septiembre de 2007. (<http://www.almendron.com/tribuna/16914/empleados-publicos-festival-de-leyes/>).
- “La función pública local”, en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública. ¿La reforma adecuada? Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Coord. PALLARÉS MORENO, M., y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., Fundación Genesian, Sevilla, 1999.
- *El mito de la autonomía universitaria*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2005.
- SOTO MIRONES, P., <http://www.cositalcantabria.org/phpBB2/viewtopic.php?t=277&highlight=high>.
- SUAY RINCÓN, J., “El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española. Libro*

homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Coord. MARTIN RETORTILLO, S., Civitas, Madrid, 1991.

- *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1985.

TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Civitas, Madrid, 1986.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Nuevas tecnologías, intimidación y protección de datos: con estudio sistemático de la Ley Orgánica 15/1999*, Edisofer, Madrid, 2001.

TOLIVAR ALAS, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M^a., "Aciertos y desaciertos del nuevo régimen del contrato de servicios en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *RAP*, nº. 176, 2008.

TORRES DEL MORAL, A., y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., "Principio de igualdad y pensiones de viudedad", *RDP*, nº. 35, 1992.

TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Tomo I, Universidad Complutense de Madrid, 2004.

TORRES LÓPEZ, M.A., y ALARCÓN BEIRA, F., "El documento electrónico en las relaciones jurídico-administrativas: especial referencia a los actos de comunicación", *RVAP*, nº. 55, 1999.

TORRES MURO, I., "La reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del Reglamento del Senado, puesta a prueba (SSTC 49/2008, de 9 de abril y 101/2008, de 24 de julio)", *RGDC*, nº. 6/2008.

TOSCANI GIMÉNEZ, D., "El nuevo marco legal de los servicios de colocación y empleo. Especial referencia a las agencias privadas de empleo y empresas de trabajo temporal tras la Reforma Laboral de 2010", *RTSS*, nº. 335, 2011.

TOSCANO GIL, F., "Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal", *RGDA*, nº. 31, 2012.

TRIGO GARCÍA, M^a.B., *Contrato de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Comares, Granada, 1999.

TRONCOSO REIGADA, A., "El derecho al olvido en Internet a la luz de la propuesta de Reglamento General de Protección de Datos Personales", *Datospersonales.org, Revista de la APDCM*, nº. 59, 31 de octubre de 2012.

- "Transparencia administrativa y protección de datos personales", en AA.VV., *Transparencia administrativa y protección de datos personales: V Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos*, Dir. TRONCOSO REIGADA, A., Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, Thomson Civitas, Madrid, 2008.

- *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

- *Privatización, empresa pública y Constitución*, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1997.
- UTRILLA DE LA HOZ, A., *El Sector Público empresarial autonómico y local*, Colección de Estudios, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2006.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Sociedades mercantiles y realización de obras públicas: incumplimiento de la normativa comunitaria de contratación, extralimitación del margen constitucional de reserva de Derecho Administrativo e incongruencia en el empleo de las técnicas de autoorganización para la gestión de actuaciones administrativas", *RGDA*, nº. 12, 2006.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., "La contratación temporal sucesiva: los desajustes de nuestra legislación al Derecho Comunitario", *RL*, nº. 9/2004.
- VALERO TORRIJOS, J., "¿Vulnera el derecho a la protección de datos personales la publicación de información administrativa en Internet? Algunas enseñanzas para el Derecho español a propósito de la sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010", *Datospersonales.org, la revista de la APDCM*, volumen nº. 50, 2011.
- "E-información: hacia una nueva regulación del acceso a la información", *RIDP*, nº. 1, 2005.
- "El acceso telemático a la información administrativa: un presupuesto inexcusable para la e-Administración. (Análisis desde la perspectiva del Derecho español)", *Revista de Derecho y Tecnologías*, nº. 6-7, 2005.
- "Las garantías jurídicas en la Administración electrónica: ¿avance o retroceso?", *Cuenta con IGAE*, nº. 22, 2009.
- *El régimen jurídico de la e-Administración*, Granada, Comares, 2004.
- VELASCO CABALLERO, F., *Derecho local. Sistema de fuentes*, Marcial Pons, Barcelona, 2009.
- VIDA FERNÁNDEZ, R., "La contratación temporal en la Administración Pública", en AA.VV., *Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*, Dir. MONEREO PÉREZ, J.L., Comares, Granada, 2010.
- VILLACORTA MANCEBO, L., *Principio de igualdad y Estado social. Apuntes para una relación sistemática*, Parlamento de Cantabria, Universidad de Cantabria, Santander, 2006.
- VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo*, Tesis doctoral, Madrid, 2011.
- VILLAR PALASÍ, J.L., "La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo", *RAP*, nº. 3, 1950.

- “Tipología y derecho estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *Administración instrumental, libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Coord. PÉREZ MORENO, A., Civitas, Madrid, 1994.
- VILLAR ROJAS, F.J., “La huida al Derecho privado en la gestión de los servicios de salud”, ponencia presentada en *las XIV Jornadas de Economía de la Salud*, Santiago de Compostela, junio de 2004.
- *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- VILLASEÑOR GOYZUETA, C.A., *Contenido esencial de los derechos fundamentales y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2003.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995.
- VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección y Gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Tecnos, Madrid, 2009.
- VILLORRIA MENDIETA, M., *El servicio civil de carrera en Latinoamérica: diagnóstico, causas y propuestas*, INAP, Madrid, 2007.
- *La corrupción política*, Síntesis, Madrid, 2006.
- VIVER I PI-SUNYER, C., CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, F., CARRILLO, M., GÓMEZ MONTORO, A.J., LASCURÁIN SÁNCHEZ, J.A., LÓPEZ BOFILL, H., MIERES MIERES, L.J., y VELASCO CABALLERO, F., *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- VIVERO SERRANO, J.B., “Capítulo X. Extinción del contrato de trabajo”, en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. CARDENAL CARRO, M., El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, La Ley, Madrid, 2010.
- “El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras” *REDA*, nº. 143, 2009.
- *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- YAGÜE GIL, P.J., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, Madrid, 1993.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.