

Una reconstrucción  
de los principios de mérito  
y capacidad  
en el acceso al empleo público

**LUCÍA FERNÁNDEZ  
DELPUECH**



Derecho Público





UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS  
DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO  
AL EMPLEO PÚBLICO



# UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD EN EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

---

LUCÍA FERNÁNDEZ DELPUECH



---

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
MADRID, 2015

Primera edición: julio de 2015



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons de Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional. (CC BY-NC-ND 4.0).

© Lucía Fernández Delpuech  
© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

NIPO: 007-15-081-5  
ISBN: 978-84-340-2210-2  
Depósito legal: M-19082-2015

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO  
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid



*A mis padres*



## AGRADECIMIENTOS

La presente obra recoge en su integridad (con las correspondientes actualizaciones legislativas y en una extensión adecuada a la función de su publicación) la tesis doctoral que presenté y defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada el 14 de febrero de 2014, que obtuvo la calificación de sobresaliente *cum laude*.

Quisiera en primer lugar agradecer su intervención como miembros del Tribunal que examinó mi tesis doctoral a don Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional, Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional Europeo y Catedrático Jean Monnet *ad personam* de Derecho Constitucional Europeo y Globalización, doña Yolanda Gómez Sánchez, Catedrática de Derecho Constitucional y Catedrática Jean Monnet *ad personam* de la Unión Europea, don José María Rodríguez de Santiago, Catedrático de Derecho Administrativo, don Ángel Sánchez Blanco, Catedrático de Derecho Administrativo, y doña María Asunción Torres López, Catedrática Acreditada de Derecho Administrativo.

Asimismo, expreso mi más sincero agradecimiento y admiración al Director de mi tesis doctoral, don Miguel Ángel Recuerda Girela, Catedrático acreditado de Derecho Administrativo, de quien he recibido un constante apoyo en mi labor de investigación jurídica. Sus orientaciones y consejos, desde el principio hasta el final, fueron clave en la elaboración de la tesis y en su culminación con éxito. Puede estar muy satisfecha la Universidad de Granada con profesores tan entregados a la enseñanza, a la investigación jurídica y a la transferencia del conocimiento, como es el caso del profesor Recuerda, quien, pese a su juventud, cuenta ya con una extraordinaria trayectoria y un más que merecido reconocimiento.



## ÍNDICE

	Páginas
ABREVIATURAS .....	17
PRÓLOGO .....	21
INTRODUCCIÓN .....	25
CAPÍTULO 1. LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD COMO CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS	
1. <b>Los derechos fundamentales y el principio de igualdad en la Constitución Española</b> .....	33
2. <b>Reconocimiento constitucional y significado de los principios de mérito y capacidad</b> .....	43
3. <b>El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos</b> .....	45
3.1 El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los puestos funcionariales: ámbito objetivo y subjetivo .....	47
3.2 El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los puestos laborales del Sector Público: ámbito objetivo y subjetivo .....	51
3.3 El derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos del Sector Público .....	60
4. <b>Contenido del derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad</b> .....	60
4.1 Contenido con incidencia en la configuración de las normas jurídicas .....	61
4.1.1 Predeterminación normativa .....	61

	Páginas
4.1.2	Derecho de configuración legal ..... 66
4.1.3	Respeto al principio de igualdad al regular los requisitos en el acceso a los empleos públicos ..... 67
4.1.4	Conexión entre los principios de igualdad, mérito y capacidad ..... 70
4.1.5	Implicaciones de los principios de igualdad, mérito y capacidad en la regulación del proceso selectivo ..... 72
4.2	Contenido con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas. 72
4.3	Derecho de carácter reaccional ..... 76
<b>5.</b>	<b>Las fuentes reguladoras del Derecho Fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad ..... 77</b>
5.1	Complejidad del sistema de fuentes ..... 77
5.2	Reserva de ley, consideración como derecho de configuración legal ..... 79
5.3	Regulación por ley orgánica ..... 82
5.4	La legislación básica en materia de función pública ..... 85
5.5	Los artículos 149.1.1. <sup>a</sup> y 139.1 CE ..... 86
5.6	La negociación colectiva sobre el acceso al empleo público ... 88
<b>CAPÍTULO 2. LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO</b>	
<b>1.</b>	<b>Críticas a los actuales sistemas de selección ..... 97</b>
<b>2.</b>	<b>La oposición ..... 102</b>
2.1	La preferencia por la oposición ..... 102
2.2	Las pruebas o exámenes ..... 109
<b>3.</b>	<b>El concurso-oposición ..... 111</b>
<b>4.</b>	<b>El concurso ..... 124</b>
<b>5.</b>	<b>Actuaciones previstas en el artículo 61.5 EBEP ..... 127</b>
<b>6.</b>	<b>La desviación de poder y las irregularidades en el diseño y tramitación de los procesos selectivos ..... 143</b>
<b>7.</b>	<b>La fragmentación de los procesos selectivos: el caso de los Entes Locales, Universidades y otros entes públicos y privados del Sector Público ..... 145</b>
<b>8.</b>	<b>Los procesos de consolidación de empleo público temporal ..... 158</b>
8.1	Introducción ..... 158

8.2	La doctrina constitucional sobre los procesos selectivos restringidos .....	161
8.2.1	Los procesos restringidos en sentido estricto .....	161
8.2.2	Los procesos selectivos restringidos en sentido amplio: abiertos con valoración de servicios prestados .....	164
8.2.3	Conclusiones sobre la jurisprudencia constitucional ....	167
8.3	La normativa estatal sobre procesos de consolidación de empleo público precario .....	170
9.	<b>La funcionarización</b> .....	176
<b>CAPÍTULO 3. LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN: ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA E IMPARCIALIDAD</b>		
1.	<b>Relevancia constitucional de la regulación de los órganos de selección</b> .....	189
2.	<b>Regulación vigente de los órganos de selección</b> .....	193
2.1	Legislación básica .....	193
2.2	Legislación aplicable a la Administración General del Estado.	195
2.3	Legislación autonómica .....	198
2.4	Legislación aplicable a los Entes Locales .....	200
2.5	Legislación aplicable a las Universidades Públicas .....	201
3.	<b>Características necesarias de los órganos de selección</b> .....	208
3.1	La especialización técnica .....	209
3.2	La imparcialidad .....	214
3.2.1	Personas excluidas de los órganos de selección .....	216
3.2.2	Modo de designación de los miembros del órgano de selección .....	233
3.2.3	Sistema de abstenciones y recusaciones .....	243
3.2.4	El momento de la designación de los miembros del órgano de selección .....	246
3.3	La publicidad de los miembros del órgano de selección .....	247
3.4	Colegialidad .....	248
3.5	Independencia .....	249
3.6	Órganos de selección <i>ad hoc</i> y órganos de selección permanentes.	249
3.7	El secretario del órgano de selección .....	250
3.8	Los expertos que colaboran con el órgano de selección .....	251
3.9	La selección de empleados públicos como potestad pública ...	252
3.10	La negociación colectiva sobre los órganos de selección .....	252

CAPÍTULO 4. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO

1.	<b>Normativa deficiente</b> .....	255
2.	<b>Particularidades de la selección del personal laboral fijo</b> .....	266
3.	<b>Nulidad del contrato laboral por infracción de las normas sobre acceso al empleo público</b> .....	268
4.	<b>La figura del trabajador indefinido no fijo</b> .....	278
5.	<b>La contratación de empresas de trabajo temporal</b> .....	300
6.	<b>Los principios de mérito y capacidad y la externalización</b> .....	309

CAPÍTULO 5. GARANTÍAS PARA LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES PERMANENTES MEDIANTE PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL FIJO

1.	<b>Introducción</b> .....	313
2.	<b>Los presupuestos del procedimiento de selección: la relación de puestos de trabajo y la oferta de empleo público</b> .....	314
2.1	Introducción .....	314
2.2	La relación de puestos de trabajo .....	316
2.3	La Oferta de empleo público .....	322
3.	<b>Formas irregulares de eludir la contratación de personal funcionario de carrera y laboral fijo</b> .....	330
3.1	La excesiva temporalidad en el empleo público .....	330
3.1.1	El problema de la excesiva temporalidad en el empleo público .....	330
3.1.2	Regulación de las relaciones temporales de empleo público en la legislación básica o exclusiva del Estado ...	339
3.2	El personal eventual .....	365
3.2.1	Concepto y características .....	365
3.2.2	Excesivo número y nombramiento para funciones que no corresponden al personal eventual .....	367
3.3	Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario .....	386
3.3.1	La contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral .....	388
3.3.2	La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario .....	403
3.3.3	El uso fraudulento de sociedades mercantiles .....	405
4.	<b>Propuestas de <i>lege ferenda</i></b> .....	408

## CAPÍTULO 6. GARANTÍAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS

<b>1. La transparencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público</b> .....	425
1.1 La transparencia administrativa .....	425
1.1.1 Concepto y significado de la transparencia administrativa.	425
1.1.2 El derecho acceso de los ciudadanos a la información y documentación administrativa .....	428
1.1.3 La publicidad de oficio de la información administrativa .....	432
1.1.4 Internet y transparencia administrativa .....	434
1.1.5 La transparencia y la legislación sobre protección de datos de carácter personal .....	437
1.2 La transparencia en los procesos selectivos de acceso al empleo público .....	451
1.2.1 La difusión de oficio de la información administrativa sobre acceso al empleo público .....	451
1.2.2 Las bases reguladoras y la convocatoria de los procesos selectivos .....	473
1.2.3 El acceso de los interesados al expediente administrativo del procedimiento selectivo .....	476
1.2.4 El uso preceptivo de Internet en los procesos selectivos.	484
1.2.5 La motivación de los actos administrativos del procedimiento selectivo .....	490
<b>2. Los plazos de tramitación de los procedimientos selectivos</b> .....	503
<b>3. Mecanismos para evitar filtraciones</b> .....	509
<b>4. Otras garantías de objetividad</b> .....	511
4.1 El anonimato en el examen escrito .....	511
4.2 La publicidad en los exámenes orales y su constancia en documento audiovisual .....	512
4.3 Temas de examen extraídos por azar .....	513
4.4 El establecimiento de criterios <i>ex ante</i> y con publicidad .....	514
4.5 El establecimiento de notas de corte .....	514
4.6 La colaboración sindical en los procedimientos selectivos .....	515
4.7 Órganos de Inspección sobre el acceso a los empleos públicos.	517
<b>5. La no simultaneidad de procesos selectivos</b> .....	518

	Páginas
CAPÍTULO 7. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DE LOS ENTES DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTOS DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES: LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	
1. <b>Vigencia plena de los principios de mérito y capacidad</b> .....	519
2. <b>La huida del derecho administrativo a través de la creación de entidades instrumentales y organismos reguladores</b> .....	522
3. <b>La normativa sobre acceso al empleo público en las entidades del Sector Público distintas de las administraciones territoriales</b> .....	528
3.1 Introducción .....	528
3.2 Los Organismos Reguladores y otros Entes de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE .....	530
3.3 Los Organismos Públicos .....	540
3.3.1 Los Organismos Autónomos .....	541
3.3.2 Las Entidades Públicas Empresariales .....	541
3.3.3 Las Agencias Estatales .....	544
3.4 Los Entes privados: sociedades y fundaciones del Sector Público.	546
3.5 Los Consorcios .....	557
3.6 Las Corporaciones de Derecho Público .....	558
4. <b>La necesaria concreción de la normativa y la transparencia de las entidades instrumentales del Sector Público</b> .....	560
BIBLIOGRAFÍA .....	565

## ABREVIATURAS

AA	<i>Actualidad Administrativa</i>
AA. VV.	<i>Autores Varios</i>
AJA	<i>Actualidad Jurídica Aranzadi</i>
AL	<i>Actualidad Laboral</i>
ANECA	<i>Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación</i>
APDCM	<i>Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid</i>
AS	<i>Aranzadi Social</i>
ATC	<i>Auto del Tribunal Constitucional</i>
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
CDJ	<i>Cuadernos de Derecho Judicial</i>
CE	<i>Constitución Española</i>
CEC	<i>Centro de Estudios Constitucionales</i>
CECP	<i>Centro de Estudios Constitucionales y Políticos</i>
CEF	<i>Centro de Estudios Financieros</i>
CEMCI	<i>Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Interprovincial</i>
CEPC	<i>Centro de Estudios Políticos y Constitucionales</i>
CGPJ	<i>Consejo General del Poder Judicial</i>
DA	<i>Documentación Administrativa</i>
DOCE	<i>Diario Oficial de las Comunidades Europeas</i>
EBEP	<i>Estatuto Básico del Empleado Público</i>
EPDA	<i>Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo</i>
ETT	<i>empresas de trabajo temporal</i>
FJ	<i>Fundamento Jurídico</i>
IAAP	<i>Instituto Andaluz de Administración Pública</i>
IEAL	<i>Instituto de Estudios de Administración Local</i>
IEP	<i>Instituto estudios políticos</i>

■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

INAP	<i>Instituto Nacional de Administración Pública</i>
IVAP	<i>Instituto Vasco de Administración Pública</i>
JA	<i>Justicia Administrativa</i>
JCTSS	<i>Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social</i>
JL	<i>Justicia Laboral</i>
LBRL	<i>Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local</i>
LCSP	<i>Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público</i>
LGP	<i>Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria</i>
LJCA	<i>Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa</i>
LO	<i>Ley Orgánica</i>
LOFAGE	<i>Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado</i>
LOGSE	<i>Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo</i>
LOPD	<i>Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal</i>
LOPJ	<i>Ley Orgánica del Poder Judicial</i>
LOREG	<i>Ley Orgánica 5/1985, De 19 de junio, de Régimen Electoral General</i>
LORTAD	<i>Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal</i>
LORU	<i>Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria</i>
LOTIC	<i>Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional</i>
MTAS	<i>Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales</i>
MTI	<i>Ministerio de Trabajo e Inmigración</i>
MTSS	<i>Ministerio de Trabajo y Seguridad Social</i>
OEP	<i>Oferta de empleo público</i>
OSCE	<i>Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa</i>
PJ	<i>Poder Judicial</i>
QDL	<i>Cuadernos de Derecho Local</i>
RAAP	<i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>
RAD	<i>Revista Aranzadi Doctrinal</i>
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
RARAP	<i>Revista Aragonesa de Administración Pública</i>
RATC	<i>Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional</i>
RCDP	<i>Revista Catalana de Dret Public</i>
RCEC	<i>Revista del Centro de Estudios Constitucionales</i>
RDCE	<i>Revista de Derecho Constitucional Europeo</i>
RDP	<i>Revista de Derecho Político</i>
RDS	<i>Revista de Derecho Social</i>
REALA	<i>Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica</i>
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
REDT	<i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i>

<i>REL</i>	<i>Revista de Estudios Locales</i>
<i>REP</i>	<i>Revista de Estudios Políticos</i>
<i>REPD</i>	<i>Revista Española de Protección de Datos</i>
<i>RGAP</i>	<i>Revista Galega de Administración Pública</i>
<i>RGDA</i>	<i>Revista General de Derecho Administrativo</i>
<i>RGDC</i>	<i>Revista General de Derecho Constitucional</i>
<i>RGDPR</i>	<i>Revista General de Derecho Procesal</i>
<i>RGDTSS</i>	<i>Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i>
<i>RICA</i>	<i>Revista Internacional de Ciencias Administrativas</i>
<i>RIDP</i>	<i>Revista de Internet, Derecho y Política</i>
<i>RJA</i>	<i>Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi</i>
<i>RL</i>	<i>Relaciones Laborales</i>
<i>RLE</i>	<i>Revista de Estudios Locales</i>
<i>RMTI</i>	<i>Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración</i>
<i>RPT</i>	<i>Relación de puestos de trabajo</i>
<i>RT</i>	<i>Revista de Trabajo</i>
<i>RTSS</i>	<i>Revista de Trabajo y Seguridad Social</i>
<i>RVAP</i>	<i>Revista Vasca de Administración Pública</i>
<i>SAN</i>	<i>Sentencia de la Audiencia Nacional</i>
<i>STC</i>	<i>Sentencia del Tribunal Constitucional</i>
<i>STS</i>	<i>Sentencia del Tribunal Supremo</i>
<i>STSJ</i>	<i>Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</i>
<i>TC</i>	<i>Tribunal Constitucional</i>
<i>TJCE</i>	<i>Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>
<i>TJUE</i>	<i>Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>
<i>TL</i>	<i>Temas Laborales</i>
<i>TRLCSJP</i>	<i>Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre</i>
<i>TS</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
<i>TSJ</i>	<i>Tribunal Superior de Justicia</i>



## PRÓLOGO

El modo en que se accede a los empleos públicos es una cuestión esencial para el Estado de Derecho, porque de ello depende en buena medida la eficacia de la Administración Pública y el servicio objetivo de los intereses generales. La cuestión es bien conocida por la doctrina administrativista y ha sido objeto de varios intentos de renovación por parte del legislador. Sin embargo, resulta paradójico comprobar, a la vista de la realidad cotidiana, que queda mucho por hacer para que el respeto escrupuloso de los principios de mérito y capacidad sea una realidad en todo el Sector Público.

La presente obra tiene por objeto el análisis detallado y profundo de la situación actual de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, y la propuesta de ideas para reforzar dichos principios a fin de hacerlos efectivos y de evitar corruptelas que deberían cortarse de raíz y sin contemplaciones.

Son numerosos los empleos públicos que se asignan con criterios de mérito y capacidad tras la superación del correspondiente proceso selectivo, pero no queda más remedio que admitir que también son clamorosos y no aislados los casos en que se asignan de forma menos respetuosa con tales principios de mérito y capacidad. Son bien conocidos, *ad exemplum*, los problemas generados por la excesiva temporalidad del empleo público, la discrecionalidad en el diseño de los procesos selectivos, y el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Estos problemas, de hondas raíces y persistentes a lo largo del tiempo, continúan presentes en nuestra actualidad, y precisan de soluciones más definitivas que las alcanzadas hasta el momento. Ello ha justificado la elaboración de una tesis doctoral como la que está en la génesis de esta obra, que fue defendida muy brillantemente por doña Lucía Fernández Delpuech en

la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, y que ha sido adaptada y actualizada para esta publicación.

Esta obra parte de una idea no discutida en su formulación teórica, pero que se quiebra frecuentemente de forma abrupta en la práctica, y es que el acceso a los empleos públicos con respeto a los principios constitucionales de mérito y capacidad es un derecho fundamental consagrado en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución y, por tanto, un derecho que se encuentra garantizado al máximo nivel. En esta línea de razonamiento cabría preguntarse cuál es la causa de que existan actuaciones en el acceso al empleo público que, analizadas desde la distancia y la serenidad del trabajo de investigación, resultan ser infracciones groseras de los principios de mérito y capacidad. La autora de esta obra explica de forma clara y directa cómo es posible que no sean tan infrecuentes las infracciones de los principios de mérito y capacidad, cuáles son las causas de dichas infracciones y algunas de las medidas que se podrían adoptar para resolver los problemas planteados.

Naturalmente, un trabajo como éste ha requerido de un profundo y extenso estudio, que se ha realizado con una adecuada metodología científica, que abarca el análisis de la legislación vigente, la amplia doctrina en materia de empleo público, y la copiosa jurisprudencia. Pero además, en esta obra se aprecia el extraordinario conocimiento que la autora tiene de la práctica y de la realidad administrativa, su sólida formación jurídica y su compromiso inquebrantable con la excelencia en el trabajo.

Son varias las cuestiones nucleares sobre acceso al empleo público que han sido tratadas en la presente obra. Merece una especial referencia el estudio que realiza la doctora Fernández Delpuech sobre la necesidad de una mayor transparencia en materia de acceso al empleo público, no solamente en sentido estricto –procesos de selección de acceso libre–, sino también en el sentido de hacer público el modo en que se cubren en cada momento los distintos puestos de trabajo en las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público, ya que esta información es necesaria para conocer si realmente tales puestos de trabajo son cubiertos de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad. La necesidad de mayor transparencia en el campo del empleo público, como se indica a lo largo de la obra, no parece haber sido satisfecha suficientemente por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por lo que son de gran interés las propuestas de *lege ferenda* que formula la autora, y que, a pesar de lo que suelen alegar las Administraciones Públicas para no suministrar información sobre esta materia, son respetuosas con la legislación de protección de datos.

Puede decirse, en conclusión, que la autora ha pretendido realizar una revisión radical y una reconsideración del acceso al empleo público en condiciones de igualdad con la propuesta de medidas y garantías concretas que refuercen el derecho fundamental en que consiste.

Queda por hacer, en fin, una última alusión a la desafección que se aprecia respecto al colectivo de empleados públicos, al que se tilda por algún sector de ser un grupo de privilegiados, sin consideración a las funciones esenciales que desempeñan en nuestro Estado de Derecho y a las garantías necesarias para su ejercicio. Esta indeseable fractura se ha acentuado en el contexto de la crisis económica, pero también tiene mucho que ver con la configuración que se ha dado al modelo español de empleo público y, en particular, con el descrédito social sobre los mecanismos de acceso a los diferentes empleos públicos. A este respecto, ésta es una obra importante que aporta abundantes ideas para lograr un mayor respeto al derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos y que está llamada por derecho propio a influir profundamente en las futuras reformas normativas, si es que está en la voluntad del legislador el fortalecimiento del empleo público y del Estado de Derecho.

MIGUEL ÁNGEL RECUERDA GIRELA  
*Catedrático Acreditado de Derecho Administrativo*



## INTRODUCCIÓN

Como ya indicó el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), 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<sup>1</sup>. 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 y 14 de la Constitución Española.

Además, esta práctica constituye un ataque al Estado de Derecho<sup>2</sup> y a la necesidad de que las Administraciones Públicas actúen con objetividad y según 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

---

<sup>1</sup> *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2005, p. 89. Sobre los problemas que vienen afectando al empleo público español ya había diversos estudios, entre los que pueden citarse CASTILLO BLANCO, F. A., 2003, y ROMÁN RIECHMAN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J., 2004.

<sup>2</sup> 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., 2011, p. 108). Sobre el concepto y características del Estado de Derecho, puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., 2000.

incluso luego la legislación va convalidando<sup>3</sup>. 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 órgano de selección o porque el proceso se diseña a medida de determinados candidatos o colectivos favorecidos al margen del mérito y la 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.

- 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 «subjética o particular de aquellos empleados que se han integrado en la Administración por procedi-

---

<sup>3</sup> NIETO GARCÍA, A., 2007, pp. 188 y ss.

mientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados»<sup>4</sup>.

– 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 Pueblo<sup>5</sup> destacó los siguientes factores que dificultan la objetividad en los procesos selectivos:

– La potestad de autoorganización de la Administración Pública, que conlleva una cierta discrecionalidad en aspectos importantes, como 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»<sup>6</sup>.

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 ju-

---

<sup>4</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 90.

<sup>5</sup> Informe anual de 2007 del Defensor de Pueblo, p. 1136.

<sup>6</sup> Informe anual de 2007 del Defensor de Pueblo, p. 1138.

dicial 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. Atendidas las circunstancias expuestas, no parece que pueda dejarse caer sobre los ciudadanos todo el peso de instar por vía judicial la corrección de las irregularidades cometidas en la selección de empleados públicos.

La doctrina ha aludido a una crisis real del principio de mérito y capacidad debido a que en muchos casos las autoridades se nutren de personal con criterios de amistad y confianza política<sup>7</sup>, de manera que antiguamente se vendían los Oficios Públicos, y actualmente en muchos casos se han regalado<sup>8</sup>. Como indica Escuín Palop<sup>9</sup>, «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»<sup>10</sup>.

La situación, como indica este autor<sup>11</sup>, transmite una sensación negativa a los ciudadanos, «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.»<sup>12</sup>.

Además, las consecuencias de las prácticas irregulares sobre cobertura de los empleos públicos van más allá del decimonónico sistema de *spoils system*.

---

<sup>7</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., 2007, pp. 89 y 137.

<sup>8</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA., L., *Revista el Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, p. 790.

<sup>9</sup> ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, p. 107

<sup>10</sup> MARTÍN MORENO 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., 2006, p. 11).

<sup>11</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 36.

<sup>12</sup> O personas que han desempeñado Altos Cargos o cargos de designación política (ex Alcaldes, etcétera).

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 siglo 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»<sup>13</sup>.

La situación descrita 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, 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 no contiene mecanismos concretos que impidan la comisión de estas infracciones<sup>14</sup>. Y, finalmente, los órganos judiciales y el propio Tribunal Constitucional asumen interpretaciones de la legislación vigente que no favorecen los principios de mérito y capacidad. (Así, es 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.)

Pero, dentro de este contexto, debe destacarse que el mayor peso causante de la situación recae en la clase política<sup>15</sup>, habiendo destacado la doctrina la falta de voluntad política en aplicar las leyes sobre la materia<sup>16</sup>. Pero, además, 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 de manera insuficiente, pues no existen mecanismos y garantías concretos y detallados que impidan, con carácter preventivo, la comisión de las infracciones.

<sup>13</sup> ROSELL, F., «¡Arde Troya!», *El mundo*, domingo, 14 de noviembre de 2010.

<sup>14</sup> Como indica RODRÍGUEZ LÓPEZ, la tipificación de infracciones no es suficiente para frenar la corrupción (RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., 2004, p. 26).

<sup>15</sup> Como señala 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., AA, pp. 260-280.

<sup>16</sup> Ver CLEMENTE MERODIO, T., DA, pp. 39-44, y PUERTA SEGUIDO, F., 2003. p. 295.

Además, se constata la falta de efectivos mecanismos de responsabilidad para los empleados públicos y para los gestores de las organizaciones públicas<sup>17</sup>.

Finalmente, el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por la Ley 7/2007, 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 este nuevo estudio sobre la cuestión, que analiza las posibilidades de mejora de la normativa vigente, y que intenta proponer mecanismos legales lo más concretos posibles para contribuir a la solución y prevención de dichos problemas con mayor eficacia.

Por otro lado, este estudio 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. Por tanto, se refiere de forma muy amplia al personal funcionario de carrera y al 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, en este estudio se efectúan algunas consideraciones más específicas sobre los Cuerpos funcionariales y Categorías laborales pertenecientes a las Administraciones Públicas. Pero, en general, las conclusiones 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 EBEP, respecto del cual el acceso merece también las garantías de los principios de mérito y capacidad, sin perjuicio de las matizaciones que correspondan en casos excepcionales.

En último lugar, debe indicarse que este estudio se refiere a los aspectos de fondo y procedimentales del citado derecho fundamental de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad, sin que sea su objeto el análisis

---

<sup>17</sup> BAUZÁ MARTORELL, F. J., 2001, pp. 215-219.

de la tutela judicial de dicho derecho, por lo que no se tratan de forma amplia cuestiones tales como la discrecionalidad técnica o los aspectos procesales de la impugnación de los procesos selectivos. Así pues, la presente obra se enfoca más bien hacia la conceptualización y contenido del citado derecho fundamental y, sobre esta base, a los aspectos sustantivos y formales en fase de diseño legislativo del sistema y de procedimiento administrativo.



CAPÍTULO 1

**LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD  
COMO CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL  
DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD  
A LOS EMPLEOS PÚBLICOS**

1. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

En los procesos selectivos de acceso al empleo público no se ventila solamente el interés de la Administración Pública, sino que además está en juego el derecho de igualdad en el acceso a los empleos públicos, que «constituye una de las bases fundamentales del Estado Constitucional»<sup>1</sup> y que es un derecho fundamental que, por tanto, goza del máximo nivel de protección jurídica. Se exponen a continuación algunas ideas generales sobre los derechos fundamentales. No es objeto de la presente obra realizar un análisis extenso de la figura de los derechos fundamentales<sup>2</sup>, sino destacar su relevancia como fundamento de nuestro sistema político-jurídico<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 10.

<sup>2</sup> Partimos aquí de la doctrina mayoritaria (también seguida por el Tribunal Constitucional) según la cual el concepto de derecho fundamental se limita a los derechos contenidos en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, basándose en la interpretación gramatical y sistemática, y en las especiales garantías que a dicha Sección atribuye la propia Constitución. Ver entre otras la STC 160/1987, y GUAITA, A., «Régimen de los derechos Constitucionales», *Rdp*, pp. 75-93, MARTÍN-RETORTILLO, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., y OTTO Y PARDO, I., Madrid, 1988, pp. 19 y ss., y PÉREZ TREMPs en LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMPs, P., y SATRÚSTEGUI, M., 2007, p. 144.

<sup>3</sup> 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».

Definidos los derechos fundamentales como aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, generalmente en la propia Constitución, y protegidos con una tutela reforzada<sup>4</sup>, cabe concluir que no es posible concebir una Constitución si no se reconocen en ella los derechos fundamentales<sup>5</sup>. Aunque los derechos fundamentales responden a necesidades éticas a menudo universalmente admitidas, tienen un indudable factor histórico (relativismo histórico)<sup>6</sup>, habiéndose alcanzado un cierto grado de consenso y objetividad sobre su concepto.

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, son el «*fundamento del orden jurídico y de la paz social*»<sup>7</sup>.

Para poder hablar con rigor de la existencia de derechos subjetivos es preciso que los mismos cuenten con garantías suficientes, para que el titular de los mismos disponga de la posibilidad de exigir y obtener su satisfacción frente a los sujetos obligados<sup>8</sup>. Y los derechos fundamentales cuentan con unos mecanismos de protección reforzada, que son el procedimiento agravado de reforma de la Constitución, su desarrollo por ley orgánica<sup>9</sup>, 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

---

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., 1998, p. 46.

<sup>5</sup> 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».

<sup>6</sup> CÁMARA VILLAR, G., 2009, p. 38.

<sup>7</sup> En todo caso, 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 ARNAU la dignidad humana, la moral pública, 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 (MUÑOZ ARNAU, J. A., 1998, p. 174. Sobre el concepto de dignidad puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *RDCE*, pp. 219-254).

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, que constituye un límite de límites (GONZÁLEZ BEILFUSS, M., 2003, p. 111, y BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Cuadernos de Derecho Público*, pp. 135 y ss.).

<sup>8</sup> PRIETO SANCHÍS, L., *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 367 y ss.

<sup>9</sup> Son las denominadas «garantías de regulación», en términos de PECES-BARBA (PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., 1999, p. 505).

tales derechos, y cabe el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes que los lesionen. En cuanto interesa al presente trabajo, se hará una alusión a la reserva de ley y al recurso de amparo.

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<sup>10</sup>.

La Constitución, en su artículo 81.1 establece además otra reserva de ley, de ley orgánica, para regular «*el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas*». La exigencia de leyes orgánicas contribuye a mitigar los peligros que destacaba Zagrebelsky<sup>11</sup> en referencia a las «cambiantes coaliciones legislativas de intereses que operan mediante sistemas de *do ut des*». En cuanto al alcance de esta reserva, entiende Jiménez Campo que la expresión «regulación del ejercicio» alcanza a cualquier modo de afectación del derecho<sup>12</sup>.

En todo caso, la ley tiene como límite el contenido esencial de los derechos fundamentales, que ha de ser respetado por todos los Poderes, incluido el legislativo, según el artículo 53.1 CE. 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 que la Constitución en numerosas ocasiones no expresa literalmente el contenido de los derechos que enuncia<sup>13</sup>. Al respecto, 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, acudiendo a las ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas por los juristas, de manera que el contenido esencial de un derecho subjetivo se compone de

---

<sup>10</sup> De hecho, la CE prohíbe «desarrollar» los derechos fundamentales y libertades públicas mediante decretos-legislativos (art. 82), y prohíbe a los Decretos-Leyes «afectar» a los derechos del Título I de la Constitución (art. 86).

<sup>11</sup> ZAGREBELSKY, G., 1996, pp. 38 y ss., citado por MUÑOZ ARNAU, J. A., 1998, p. 97.

<sup>12</sup> En todo caso, se ha planteado si tienen el mismo alcance las reservas de ley de los artículos 53 y 81 CE (que se refieren a «desarrollar» y «regular el ejercicio» de los derechos fundamentales), pudiendo concluirse que es el mismo.

<sup>13</sup> En efecto, las Constituciones no tienen ni la extensión ni el casuismo de otros textos legales (DE VEGA GARCÍA, P., 1996, p. 12).

aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como tal.

El segundo método consiste en hallar los intereses jurídicamente protegidos, y que serían el núcleo de los derechos subjetivos, siendo el contenido esencial del derecho fundamental aquella parte de su contenido que resulta imprescindible para que los intereses protegidos tengan protección real y efectiva. En todo caso, el tipo abstracto del derecho, previo a su reconocimiento legal, no es una categoría fija, sino que evoluciona históricamente. En este sentido, el legislador va interpretando los derechos fundamentales «de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen»<sup>14</sup>.

Pero, como señala Prieto Sanchís, 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»<sup>15</sup>.

Por otro lado, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que «*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». También el artículo 96.1 de la Constitución dispone que «*los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno*». Por tanto, como indica Torres del Moral, ya sea por vía directa, ya sea por la vía de la interpretación, habrán de tenerse en cuenta tales normas internacionales en materia de derechos fundamentales<sup>16</sup>.

Debe indicarse, por otro lado, que el cierre del sistema de protección de los derechos fundamentales es su protección jurisdiccional<sup>17</sup>. El artículo 53.2 CE establece que los derechos fundamentales serán protegidos a través de un proceso judicial preferente y sumario. Por lo que se refiere al control judicial de los procesos selectivos de acceso al empleo público, debe destacarse la existencia del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales regulado en el Capítulo I del Título V de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

---

<sup>14</sup> Ver la STC 11/1981.

<sup>15</sup> PRIETO SANCHÍS, L., 2005, p. 217.

<sup>16</sup> TORRES DEL MORAL, A., 1992, p. 380.

<sup>17</sup> TORRES DEL MORAL, A., 1992, p. 513.

El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional es la «pieza final» del sistema de garantías de los derechos fundamentales<sup>18</sup>. En relación con el papel del recurso de amparo, 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<sup>19</sup>. La doctrina ha planteado la dificultad y discrecionalidad que implica determinar 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<sup>20</sup>.

La cuestión ha sido analizada especialmente en el ámbito del derecho de acceso a cargos públicos representativos, habiendo considerado el Tribunal Constitucional, respecto de las irregularidades del proceso electoral, que, si las mismas 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<sup>21</sup>.

Sin embargo, 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 resoluciones como el ATC 1239/1987 y las SSTC 353/1993<sup>22</sup>, 73/1998

<sup>18</sup> PÉREZ TREMPs, P., 2001, p. 66.

<sup>19</sup> Al respecto, indica PÉREZ TREMPs, 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 TREMPs, P., 2004, p. 55).

<sup>20</sup> Díez PICAzo GIMÉNEZ, L. M.ª, 2008, pp. 114 a 116.

<sup>21</sup> Así, 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». También la STC 24/1990 indica que «el Tribunal Constitucional debe revisar, si a ello es instado en vía de amparo, si (...) 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». Y la STC 26/2004 señala 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 LOREG, 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».

Pueden verse también las SSTC 169/1987, 79/1989, 25, 26 y 27/1990, 105/1991, 185/1999, 153/2003, 154/2003, 135/2004 y 188/2007, entre otras muchas.

<sup>22</sup> 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».

y 30/2008, señala que «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».

También 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».

Debe indicarse, 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<sup>23</sup>. 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»<sup>24</sup>, 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 Pública y el juez han hecho de la legislación reguladora del proceso selectivo.

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<sup>25</sup>. Y esa «vulneración de

---

<sup>23</sup> Igual sucede en la STC 40/1999.

<sup>24</sup> STC 115/1996, con cita de las SSTC 193/1987 y 353/1993.

<sup>25</sup> STC 115/1996, reiterada en las SSTC 10/1998 y 178/1998, y STC 40/1999.

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»<sup>26</sup>. 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, sin embargo, no asegura la correcta aplicación de las reglas a todos los aspirantes, y habilita situaciones de desigualdad. En todo caso, la doctrina del Tribunal Constitucional puede resumirse en lo siguiente (siguiendo las SSTC 353/1993, 73/1998 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 lleve 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 las bases reguladoras del proceso selectivo 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

---

<sup>26</sup> Ver también la STC 30/2008.

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. Por tanto, *a sensu contrario*, el Tribunal Constitucional reconoce que procede analizar esta cuestión y que, si los resultados del proceso selectivo cambian, entonces procede conceder el amparo solicitado.

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 «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».

Finalmente, la Ley Orgánica 6/2007 modificó la regulación del trámite de admisión del recurso de amparo, 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*».

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». En todo caso, puede concluirse que la reforma ha empeorado los mecanismos procesales de los ciudadanos<sup>27</sup>, porque el recurso de amparo será inadmitido si no se aprecia la especial trascendencia. Por otro lado, 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<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> BANACLOCHE PALAO, J., 2008, pp. 205 y ss., y *Revista de Derecho Procesal*, pp. 69-109, y GUTIÉRREZ GIL, A. J., 2010, pp. 1 y ss.

<sup>28</sup> Sobre cuáles sean los criterios para apreciar la relevancia constitucional de una demanda de amparo se ha pronunciado la STC 155/2009, a la que me remito.

Sí cabe hacer referencia a una tendencia más favorable a la protección de derechos fundamentales, adoptada por el Tribunal Supremo, que 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 sean objeto del recurso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales<sup>29</sup>. 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 alude a la «superación de la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales cuando la debida protección de éstos exige tener en cuenta su desarrollo legal», concluyendo que cabe «enjuiciar en el proceso especial toda cuestión que verse sobre la directa vulneración de un derecho fundamental».

Finalmente, debe hacerse una referencia al principio de igualdad, ya que, como se expone más adelante, el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos tiene su fundamento en los artículos 14 y 23.2 CE, por lo que procede efectuar también una referencia al principio de igualdad del artículo 14 CE. 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, que pretenden abolir la sociedad estamental<sup>30</sup> e implantar 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»<sup>31</sup>.

El principio de igualdad ha experimentado una notable evolución a lo largo del tiempo, surgiendo también la perspectiva material de la igualdad<sup>32</sup> en el Estado Social<sup>33</sup>, que se recoge claramente en el artículo 9.2 de nuestra Constitución, y que atiende a lograr que la igualdad y libertad sean efectivas y reales, no solamente formales. La igualdad material es la igualdad superadora de las diferencias reales de oportunidades que existen en la sociedad, y «justifica la posibilidad de realizar distinciones que de otro modo serían discriminatorias»<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>30</sup> Díez Pícazo Giménez, L. M.<sup>a</sup>, 2008, p. 172.

<sup>31</sup> Espín Templado, E., 2007, p. 177.

<sup>32</sup> En el Estado liberal decimonónico, la ley general sólo establecía unas condiciones mínimas formales. Ver Martín Vida, M.<sup>a</sup> A., 2004, pp. 153 y ss., y también Picó Lorenzo, C., 2006, pp. 25 y ss. Ver también Gómez Sánchez, Y., 2004, p. 239, y 2003, pp. 1 y ss.

<sup>33</sup> Sobre el contenido del Estado de Derecho y sobre sus fundamentos constitucionales, puede verse Rodríguez de Santiago, 2007, pp. 1 y ss.

<sup>34</sup> Baño León, J. M.<sup>a</sup>, RAP, pp. 189 y 191.

La igualdad es, en nuestra Constitución, un valor (art. 1.1. CE), un principio y un derecho fundamental<sup>35</sup>. Esta naturaleza de derecho fundamental se aprecia al haber sido incluida en el Capítulo Segundo de la Constitución («derechos y libertades»)<sup>36</sup>, y ser invocable por el ciudadano ante los tribunales, e incluso ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo<sup>37</sup>. El propio Tribunal Constitucional la ha reconocido derecho subjetivo en numerosas sentencias<sup>38</sup>.

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<sup>39</sup>. 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»<sup>40</sup>. Es necesario un «*tertium comparationis*»<sup>41</sup>, y el demandante debe aportar este término de comparación<sup>42</sup>.

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. Así, concluye Baño León<sup>43</sup> 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.

Como viene reiterando el Tribunal Constitucional<sup>44</sup>, el principio de igualdad opera en dos ámbitos: por un lado, en el ámbito de la creación de las nor-

---

<sup>35</sup> Ver PÉREZ LUÑO, A. E., 2008, p. 89, y LÓPEZ RODÓ, L., *RAP*, p. 332.

<sup>36</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., 2008, p. 96.

<sup>37</sup> ESPÍN TEMPLADO, E., 2007, p. 180, BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, 2008, p. 182, y SUAY RINCÓN, J., 1985, p. 149, donde se indica que si la igualdad no fuera un derecho fundamental, no podría invocarse a través del recurso de amparo.

<sup>38</sup> SSTC 49/1982, SSTC 60/1984, 63/1984, 142/1985, 162/1985, 39/1986 y 200/2001, entre otras muchas.

<sup>39</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>, 2008, p. 174.

<sup>40</sup> Señalan TORRES DEL MORAL y GÓMEZ SÁNCHEZ «que el artículo 14 de la Constitución española no consagra 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., *RDP*, pp. 33-58).

<sup>41</sup> GAVARA DE CARA, J. C., 2005, p. 36. Ver las SSTC 200/2001 y 125/2003.

<sup>42</sup> SUAY RINCÓN, J., 1985, p. 154.

<sup>43</sup> BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, p. 183.

<sup>44</sup> 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.

mas 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 igual forma a todos aquellos que se encuentran en la misma situación.

Según la jurisprudencia constitucional, la 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,<sup>45</sup> y que las consecuencias de estas diferencias «no resulten, en todo caso, desproporcionadas»<sup>46</sup>. 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 condición personal o de la coyuntura concreta<sup>47</sup>, lo cual es una garantía estructural contra la arbitrariedad de los poderes públicos<sup>48</sup>.

## 2. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y SIGNIFICADO DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD

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). 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 1.<sup>a</sup> de los derechos fundamentales y libertades públicas), que dispone que «*asimismo, tienen<sup>49</sup> derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*».

---

<sup>45</sup> STC 49/1982.

<sup>46</sup> STC 200/2001.

<sup>47</sup> ESPÍN TEMPLADO, E., 2007, p. 110. Ver también FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, M.<sup>a</sup> E., 2003, pp. 70 y ss.

<sup>48</sup> GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., 2009, p. 92.

<sup>49</sup> El sujeto activo son «los ciudadanos», por una interpretación sistemática con el apartado 1 del mismo artículo 23.

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, estos principios afectan a los principios vertebradores de las Administraciones Públicas (objetividad, servicio al interés general, eficacia y legalidad), pues sólo cabe hablar de una Administración Pública orientada hacia los intereses generales y no a los de partido, cuando el personal es seleccionado con las garantías constitucionales<sup>50</sup>. Asimismo, el derecho de acceso a los empleos públicos en condiciones de igualdad forma parte de la estructura fundamental del Estado Democrático y de Derecho, constituyendo «una de las bases fundamentales del Estado Constitucional»<sup>51</sup>.

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».

La citada Declaración también 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*». Así pues, el acceso al empleo público está determinado por el principio de igualdad, y dicha igualdad significa que los criterios de selección son el mérito y la capacidad. Desde entonces, el derecho fundamental del que tratamos ha sido incluido en las distintas Constitu-

---

<sup>50</sup> EMBID IRUJO, A., *RAAP*, p. 33.

<sup>51</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 10.

ciones<sup>52</sup>. También se ha universalizado mediante su reconocimiento en las Declaraciones de Derechos<sup>53</sup>. 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*», y, desde entonces, todas las Constituciones españolas han recogido este derecho<sup>54</sup>.

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 subjetivizada de toda la estructura democrática del Estado»<sup>55</sup>. De este modo, el principio electivo rige si se trata de cargos públicos representativos, y el principio de mérito y capacidad rige si se trata de cargos públicos no representativos.

Como indica Garrido Falla<sup>56</sup>, sin perjuicio de las críticas que merezca, el sistema de oposiciones ha sido la más importante aportación española al principio de igualdad de oportunidades y a la democracia desde 1812. El Tribunal Constitucional también ha señalado en la STC 71/1989 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».

### 3. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO EN CONDICIONES DE IGUALDAD A LOS EMPLEOS PÚBLICOS

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 las demás Entidades que forman parte del

---

<sup>52</sup> Sobre el reconocimiento de este derecho fundamental en las Constituciones europeas y americanas, me remito a lo expuesto por MARTÍN MORENO, 2006, pp. 15 y ss.

<sup>53</sup> Así, el artículo 21.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, 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 1966, en términos muy similares.

<sup>54</sup> MORELL OCAÑA, L., *RAP*, pp. 28 y 29.

<sup>55</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1980, p. 62. Ver también PULIDO QUECEDO, M., 1992, pp. 54 y ss. Ver también PARADA VÁZQUEZ, R., *DA*, pp. 23-66, y *RAP*, pp. 413-452, y VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 39.

<sup>56</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 102.

Sector Público, existe también ese derecho de acceso en condiciones de igualdad, pero dicho derecho se desprende no del artículo 23.2 CE (que la doctrina del Tribunal Constitucional no considera aplicable al personal laboral), 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 viene señalando que el derecho del artículo 23.2 CE es una especificación del principio de igualdad ante la ley del artículo 14 CE, pero 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<sup>57</sup>. Por su parte, autores como Puerta Seguido<sup>58</sup>, 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 CE.

En todo caso, puede concluirse que el principio de igualdad por sí sólo nos lleva a la igualdad en el acceso al empleo público, y, por tanto, 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 su capacidad (sin perjuicio de las medidas de carácter positivo que se requieren para hacer real y efectiva la igualdad de las personas discapacitadas y la igualdad de género).

En esta línea, Rubio Llorente<sup>59</sup> considera que el artículo 23.2 CE es innecesario por existir ya la cláusula general de igualdad del artículo 14. Ahora bien, como indica Martín Moreno<sup>60</sup>, 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.

---

<sup>57</sup> Ver las SSTC 78/2007, 75/1983, 50/1986 y 167/1998. Ver también SALA FRANCO, T., 2001, p. 87, y VIVERO SERRANO, J. B., 2009, pp. 42 y ss.

<sup>58</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2007, p. 399. Ver también FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., pp. 61-121, y *CDJ*, pp. 45-80, ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 23, y GARCÍA ROCA, J., 1998, pp. 346 y ss.

<sup>59</sup> RUBIO LLORENTE, F., Prólogo en PULIDO QUECEDO, 1992, pp. 24 y ss.

<sup>60</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 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., 1992, p. 174).

### 3.1 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, es consolidada la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el artículo 23.2 CE se refiere no sólo a los cargos públicos representativos, sino también a los cargos públicos funcionariales<sup>61</sup>. Asimismo, el artículo 23 CE se refiere a cargos públicos no representativos y a funciones públicas. Al respecto, Pulido Quecedo<sup>62</sup> 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 CE<sup>63</sup>, 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.

Gran parte de la doctrina considera que el artículo 23.2 CE se refiere a los cargos funcionariales y no laborales<sup>64</sup>. Así, el acceso con arreglo a los principios de mérito y capacidad se predicó del personal funcionario en los debates parlamentarios de elaboración de la Constitución<sup>65</sup>. Aunque, como indica Pulido Quecedo, 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 cir-

<sup>61</sup> Pueden verse, entre otras muchas, las SSTC 5/1983, 10/1983, 21/1984, 50/1986, 148/1986, 17/1986 y 73/1998.

<sup>62</sup> 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 (PULIDO QUECEDO, M., *REDC*, pp. 161-188).

<sup>63</sup> 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., 1992, p. 363).

<sup>64</sup> PRADOS DE REYES, F., *AL*, p. 198, FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., *RCEC*, pp. 61-121, OJEDA AVILÉS, A., 1998, p. 97, RODRÍGUEZ-ARANA, J., *AA*, pp. 260-280, ARROYO YANES, L. M., 1994, pp. 200 y ss., y PALOMAR OLMEDA, A., 2003, pp. 103 y ss.

<sup>65</sup> PULIDO QUECEDO, M., 1992, p. 353 y 366.

culación 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»<sup>66</sup>.

En relación con esta perspectiva comunitaria 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», concluyendo que los cargos referidos en el artículo 23.2 CE son principalmente «los cargos de naturaleza funcionarial, en concreto a la función pública profesional»<sup>67</sup>.

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<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> 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*, 2000, pp. 173-202.

<sup>67</sup> PULIDO QUECEDO, M., 1992, p. 514.

<sup>68</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 1984, pp. 674 y ss.

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 funcional, excluyendo al personal laboral<sup>69</sup>.

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 obra 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 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.

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 Olmeda<sup>70</sup>, la cuestión del sujeto en la redacción del citado artículo 23.2 CE no planteó dudas durante la tramitación de la Constitución Española. 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»*.

---

<sup>69</sup> Ver los AATC 873/1985, de 5 de diciembre, 880/1985, de 11 de diciembre y 154/1987, de 11 de febrero, y las SSTC 281 y 269/1993.

También hay autores que postulan la aplicabilidad del artículo 23.2 CE al personal laboral (ver GONDINO REYES, M., 1996, pp. 130 y ss., GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E., *REDT*, pp. 627-632, FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, pp. 105 y ss., LEÓN CAVERO, R. A., y BAL FRANCES, E., *AJA*, pp. 1-6, SALA FRANCO, T., 1989, pp.25 y ss., MONTORO CHINER, M.<sup>a</sup> J., 1998, p. 198 y ss., DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., 2006, p. 70, MAIRAL JIMÉNEZ, M., 1990, pp. 132, y PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 55).

<sup>70</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2011, p. 77.

En cuanto se refiere al derecho de acceso a las funciones públicas, entendidas como puestos de trabajo de carácter funcional, 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, ya se ha indicado que 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, y que 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<sup>71</sup>.

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».

---

<sup>71</sup> Ver las sentencias del citado Tribunal de 17 de diciembre de 1980 (Comisión/Bélgica, 149/1979), 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.

Actualmente, el artículo 57 del Estatuto Básico del Empleado Público 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*»<sup>72</sup>.

### 3.2 El derecho fundamental 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 serles aplicables los principios de igualdad, mérito y capacidad, pues la aplicación de estos principios 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. El Tribunal Constitucional sigue esta línea, exigiendo el respeto a los principios de mérito y capacidad en la selección del personal laboral de las Administraciones Públicas, con base en el artículo 14 CE<sup>73</sup>, resultando también aplicables los principios de mérito y capacidad<sup>74</sup>.

También 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<sup>75</sup>. 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

---

<sup>72</sup> 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).

<sup>73</sup> Ver las SSTC 281/1993, 265/1993, 86/2004 y 132/2005, entre otras.

<sup>74</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 44, y BELADÍEZ ROJO, M., 2009, pp. 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., 1999, p. 205).

<sup>75</sup> Destaca como punto de inflexión la STS de 7 de octubre de 1996 y también la de 20 de enero de 1998.

arbitrariedad de los poderes públicos<sup>76</sup>. Y se ha destacado la conexión del artículo 14 CE con el artículo 103.1 CE<sup>77</sup>.

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, el concepto de empleo público a los efectos de este 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<sup>78</sup>.

En todo caso, el concepto de Administración Pública utilizado por el EBEP (en su art. 2.1) es sustancialmente el empleado por la Ley 30/1992, incluyendo también a «*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. Sin embargo, 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.

El presente estudio parte del análisis de la igualdad en el acceso a los empleos de cualquier Entidad que pertenezca al Sector Público, como concepto más amplio que el de Administración Pública. Ahora bien, el concepto de Sector Público presenta dificultades en su definición. La Constitución menciona al Sector Público en varias ocasiones (arts. 128.2, 134.2 y 136), pero no explicita su definición exacta, aunque puede entenderse 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<sup>79</sup>. Por su parte, las leyes que han afrontado la delimitación del Sector Público, lo han hecho con diferentes objetivos: así, para determinar los aspectos presupuestarios (Ley

---

<sup>76</sup> Ver en este sentido a SALA FRANCO, T., 1989, p. 26, FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2000, p. 214, y SÁNCHEZ ICART, J, *RL*, pp. 147-165. También la STC 83/2000, de 27 de marzo.

<sup>77</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2000, p. 214.

<sup>78</sup> Así resulta de los artículos 1, 8 y 11 EBEP. 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 ninguna categoría de empleado público. Sólo existen funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal eventual y personal laboral» (FUENTETAJA PASTOR, J. A., 2012, p. 81).

<sup>79</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 33. Sobre las acepciones del concepto «sector público» puede verse MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., 1998, pp. 223 y ss.

General Presupuestaria)<sup>80</sup>, las Entidades sujetas al control del Tribunal de Cuentas (Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas), las Entidades sujetas a la legislación sobre contratos del Sector Público (legislación sobre contratos del Sector Público), 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.

La Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado<sup>81</sup> (LOFAGE), intentó sistematizar mejor la situación, definiendo la figura del Organismos Público, pero manteniendo dentro de ésta la dicotomía entre Organismos Autónomos, sometidos al Derecho Administrativo, y Entidades Públicas Empresariales, sometidas al Derecho Privado, salvo ciertos aspectos. Y esta ley solamente es aplicable a la Administración General del Estado, excluyendo además de su ámbito de aplicación a una larga lista de Organismos que se regulan por su régimen específico (Disposiciones Adicionales 6.<sup>a</sup> a 10.<sup>a</sup>). Posteriormente la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, añade la figura de las Agencias, que se rigen por su normativa específica (no por la LOFAGE).

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<sup>82</sup>. 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

---

<sup>80</sup> Ver un resumen de tal acotamiento en las distintas leyes Generales de Presupuestos del Estado en MOLINA GARCÍA, M., 2000, pp. 36 y ss.

<sup>81</sup> Puede verse un completo estudio de los Organismos Públicos de la LOFAGE en BETANCOR RODRÍGUEZ, A., DA, pp. 439-494.

<sup>82</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 73.

la mayoría de votos, o se puede designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, control o vigilancia.

Por su parte, la 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.

Asimismo, las Leyes de Presupuestos Generales del Estado contienen también un concepto de Sector Público a efectos de regular los créditos de personal, que es más amplio que el definido en la Ley General Presupuestaria, por cuanto incluye el sector autonómico y el sector local. Este concepto en ocasiones ha ido más allá del concepto de la citada Ley General Presupuestaria, 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, constituirían 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 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

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»<sup>83</sup>.

Por su parte, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP, refiriéndose al ámbito subjetivo que debía tener el futuro Estatuto Básico del Empleado Público, señalaba que el mismo debería aplicarse «a todos los empleados de todas las Administraciones, Organismos y Entes que

---

<sup>83</sup> PADROS I REIG, C., y COELLO MARTÍN, C., AS, pp. 63-92.

componen el Sector Público»<sup>84</sup>, 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, los puestos de trabajo de estas Entidades son empleo 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

---

<sup>84</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 27.

«criterios en virtud de los cuales la legislación vigente exige hoy que determinadas sociedades del Sector Público apliquen las normas de la contratación pública».

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 legislación sobre contratos del Sector Público. Así, el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), dispone que, a los efectos de dicha Ley, 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.

Asimismo, dentro del Sector Público, tienen la consideración de Administraciones Públicas, según dicho Texto Refundido:

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

Finalmente, según el citado Texto Refundido, son 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)<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> 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

Ahora bien, no es lo mismo, a efectos de la legislación sobre contratos del Sector Público, 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<sup>86</sup>. 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 CE<sup>87</sup>, 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<sup>88</sup>. 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.

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 Público.

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 EBEP 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.

A diferencia del ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia

---

separar a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la sociedad, bien directamente o bien mediante acuerdos con otros socios.

<sup>86</sup> Ver artículos 189 y siguientes del citado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

<sup>87</sup> SALA FRANCO, T, *PJ*, pp. 159-167, y CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., *AL*, pp. 1 y ss.

<sup>88</sup> DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J. A., 1992, p. 61, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGOS, J., *RL*, pp. 302-337, y MUT GONZÁLEZ, F., 1997, pp. 42 y ss. Pero también parte de la doctrina entiende 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 BOLTAJNA BOSCH, X., 2006, p. 18.

de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas, que corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos de nacionalidad española, las restricciones para acceder a empleos laborales en las Administraciones Públicas se rebajan, 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 los principios de igualdad, mérito y capacidad rigen también en el acceso a los demás 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.

### **3.3 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: por una parte, 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, y, por otra parte, 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, mérito y capacidad, puede en realidad hablarse 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). 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 EBEP, porque este tipo de personal no es seleccionado por criterios estrictos de mérito y capacidad, sino por criterios de confianza.

## **4. CONTENIDO DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LOS EMPLEOS PÚBLICOS EN CONDICIONES DE IGUALDAD**

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. Así, se trata de un derecho subjetivo a la igualdad en el acceso<sup>89</sup>. Procede analizar los siguientes aspectos del contenido del derecho fundamental objeto de estudio: *a)* Contenido de este derecho con incidencia en la configuración de las normas jurídicas: igualdad en la ley. *b)* Contenido de este derecho con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas: igualdad en la aplicación de la ley. *c)* Carácter reaccional de este derecho fundamental.

#### 4.1 Contenido con incidencia en la configuración de las normas jurídicas

De los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad se derivan 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. 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 todos los empleos del Sector Público (excepto los de naturaleza eventual).

##### 4.1.1 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*» (art. 23.2 CE)<sup>90</sup>, de modo que «la reserva de ley y el principio de legalidad entrañan una garantía de orden material, que se traduce en la imperativa exi-

---

<sup>89</sup> GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», RAP, p. 250. Asimismo, 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 (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, este aspecto no es objeto de análisis en esta obra.

<sup>90</sup> 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).

gencia 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»<sup>91</sup>. Es decir, que existe «la imperativa exigencia de predeterminar cuáles hayan de ser las condiciones para acceder a la función pública»<sup>92</sup>. Además, esta predeterminación normativa, tal y como indica la STC 30/2008, hace posible, en su caso, el ulterior control jurisdiccional.

El respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad implica, tal y como ha destacado Martín Moreno<sup>93</sup>, que la normativa reguladora del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad debe ser suficientemente detallada, porque, en caso contrario, la Administración no está controlada por normas jurídicas y disminuye el control judicial sobre la misma. En este sentido, Bacigalupo Saggese ha expuesto 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<sup>94</sup>. 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»<sup>95</sup>.

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

---

<sup>91</sup> STC 48/1998.

<sup>92</sup> STC 30/2008.

<sup>93</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 20.

<sup>94</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., 1997, pp. 100 y 101.

<sup>95</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., 1997, pp. 237 y ss.

indispensable»<sup>96</sup>. También realiza Pérez Rey<sup>97</sup> 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».

Además, el deber de predeterminación afecta también al reglamento y a las bases reguladoras de los procesos selectivos<sup>98</sup>. 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 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, 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<sup>99</sup>. Sin embargo, 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 entiende que este sistema era inconstitucional, pues, 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<sup>100</sup>. En

---

<sup>96</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 26.

<sup>97</sup> PÉREZ REY, J., 2004, p. 198.

<sup>98</sup> GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., *REDA*, pp. 519-554.

<sup>99</sup> TARDÍO PATO, J. A., 1986, p. 150, y MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 26.

<sup>100</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, pp. 27 y ss. Se refiere al caso enjuiciado por el TSJ de la Rioja en sentencia de 4 de enero de 2002, en que los aspirantes sólo a posteriori pudieron conocer el valor concreto que a cada grupo de méritos había dado el órgano de evaluación. 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 prio-

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 aprecia una inconstitucionalidad por omisión por parte del legislador<sup>101</sup>.

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 en manos de las propias Universidades. Al respecto, señala Barnés<sup>102</sup> 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.

En consecuencia, «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 añade 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».

Además, 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

---

ritario 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».

<sup>101</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., *RATC*, pp. 67-94.

<sup>102</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., 2006, pp. 289 y ss.

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<sup>103</sup>.

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 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<sup>104</sup>. 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».

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

<sup>103</sup> ALEGRE ÁVILA, J. M., *RVAP*, p. 17.

<sup>104</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 16. Sobre el principio de confianza legítima puede verse RECUERDA GIRELA, M. A., *Derecho Deportivo*, pp. 33-42, y 2014, pp. 467-502.

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.

#### 4.1.2 *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 se trata de un derecho fundamental de configuración legal y que, por tanto, 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<sup>105</sup>. La doctrina ha definido los derechos fundamentales de configuración legal<sup>106</sup> (entre los que sitúa al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho del artículo 23.2) como aquéllos en que el contenido y perfiles quedan encomendados a la ley<sup>107</sup>, siendo la intervención legislativa más intensa que en otros derechos, ya que «los conforma en su contenido», aunque respetando el contenido esencial de los mismos<sup>108</sup>. Se trataría, según Pérez Tremps, de «derechos que la propia Constitución reconoce y garantiza en función de su concreción por el legislador»<sup>109</sup>, de manera que, según Fossas Espadaler<sup>110</sup>, no nacen de la Constitución, sino de la ley, y, según Díez Picazo, «no son susceptibles de ejercicio en ausencia de un adecuado desarrollo por parte del legislador»<sup>111</sup>.

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

---

<sup>105</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2001, p. 187.

<sup>106</sup> Aunque 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 (GARCÍA ROCA, J., 2007, p. 66).

<sup>107</sup> SSTC 25/1990, 27/2000 y 228/2006.

<sup>108</sup> REQUEJO PAGÉS, J. L., 2001, pp. 134 a 136.

<sup>109</sup> PÉREZ TREMP, P., 2004, p. 57. Ver también JIMÉNEZ CAMPO, J., 1999, p. 42.

<sup>110</sup> FOSSAS ESPADALER, E., 1993, pp. 127 y ss.

<sup>111</sup> DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>, 2008, pp. 114 a 116.

electoral». También la STC 67/1989 señala que el artículo 23.2 CE, al remitirse a los requisitos que señalen las leyes, 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, indicando la STC 37/2004 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».

#### 4.1.3 *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). Ejemplos de requisitos discriminatorios impuestos para el acceso a la Función Pública son 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 el territorio de la Administración convocante y figurar inscrito en el paro. La presente obra no tiene por objeto realizar un análisis exhaustivo de tales requisitos, que han sido ampliamente estudiados ya en la doctrina.

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 Capítulo 2 de esta obra, si bien puede indicarse ya que el artículo 61 del EBEP dispone 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*».

Asimismo, para asegurar que la libre concurrencia sea material, el artículo 61.3 del EBEP ha establecido 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 constituye un adelanto, pero, como se expone más adelante, es insuficiente para evitar el diseño de baremos desequilibrados y *ad personam*.

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 el Capítulo 2 de esta obra, si bien puede adelantarse aquí que estas Disposiciones no respetan los citados principios de igualdad, mérito y capacidad.

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» *ad personam*<sup>112</sup>. 148/1986). 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 méritos, en las que un 48,78% de la baremación estaba reservado a los empleados temporales del propio Ayuntamiento<sup>113</sup>.

El Tribunal Constitucional concluye que «la relevancia conferida a un mérito sólo alegable por determinados candidatos situaba a éstos en una posi-

---

<sup>112</sup> SSTC 67/1989, 42/1981, 50/1986, 148/1986, 18/1987 y 27/1991.

<sup>113</sup> 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».

ción de privilegio frente a los restantes concursantes, predeterminando en su favor la resolución del concurso convocado». E indica que, el mérito favorecido no evidenciaba una cualidad objetiva de los aspirantes relevante para las tareas propias de la plaza convocada, sino que el Ayuntamiento convocante pretendía primar, exclusivamente, a quienes venían ocupando interinamente las plazas ofertadas, y, por lo tanto, se trataba de una referencia *ad personam* que lesionaba el artículo 23.2 CE <sup>114</sup>.

Sin embargo, el concepto de procedimiento diseñado «*ad personam*» no ha sido referido por el Tribunal Constitucional a aquellos casos 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 ciudadanía, pero que incorporan una valoración desproporcionada de los servicios previos, que 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). Sin embargo, cuando 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, aunque se trate de un colectivo.

Por otro lado, debe hacerse referencia a la existencia de 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 <sup>115</sup>.

<sup>114</sup> Otro ejemplo puede verse en la STC 60/1994.

<sup>115</sup> 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 está en relación con la Directiva europea 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Por su parte, el artículo 59 EBEP ha elevado la reserva al 7%.

Estas previsiones constituyen un claro ejemplo de discriminación positiva, constitucionalmente exigida en el artículo 9.2 CE.

#### 4.1.4 *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<sup>116</sup>. La única excepción son los empleos de naturaleza eventual, previstos en el artículo 12 EBEP, que, precisamente por ello, tienen carácter excepcional. Los principios de mérito y capacidad se contraponen al sistema anglosajón de *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»<sup>117</sup>. El sistema de *spoils system*, al constituir un «puro favor político, constituyendo la burocracia la estela clientelar de la clase política»<sup>118</sup>, ha sido muy criticado por la corrupción a que daba lugar<sup>119</sup>, y por ello el principio de mérito y capacidad se postula como una reacción frente a dicho sistema de botín<sup>120</sup>.

En cuanto se refiere a la Administración Pública española, durante el siglo XIX predominó el «sistema del botín» pues existían las cesantías, de manera que el poder político en cada momento nombraba y cesaba a los funcionarios<sup>121</sup>. Tras los diversos intentos por reducir el sistema de botín, entre los que destaca la Ley de Bases de 22 de julio de 1918, también denominada Estatuto de Maura<sup>122</sup>, y la ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que estableció las oposiciones como sistema general, la situación no era óptima<sup>123</sup>. Finalmente, se aprobó la Constitución Española, que supuso la constitucionaliza-

---

<sup>116</sup> Ver FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 1997, p. 57, y MORELL OCAÑA, L., *RAP*, pp. 23-58.

<sup>117</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, p. 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., 2000, p. 30). Un detallado estudio histórico y comparado sobre los sistemas de Función Pública puede verse en FUENTETAJA PASTOR, J. A., 2013, pp. 33 y ss.

<sup>118</sup> MORELL OCAÑA, L., 2003. Ver también NIETO GARCÍA, A., 1986, pp. 302 y ss.

<sup>119</sup> 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 (VILLORRIA MENDIETA, M., 2006, p. 290, y 2007, p. 78, y MALEM SEÑA, J., 2002, p. 74).

<sup>120</sup> Ver PUERTA SEGUIDO, F. 2003, p. 89, PRATS y CATALÁ, J., *DA*, p. 30, CUESTA GIMENO, L. (El funcionario municipal, p. 258, PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 82, y MORELL OCAÑA, L. 1994, p. 160).

<sup>121</sup> DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., 2006, p. 33.

<sup>122</sup> 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.

<sup>123</sup> Al respecto, puede verse GUTIÉRREZ REÑÓN, A., *DA*, pp. 29-53.

ción del sistema de mérito y capacidad, proscribiendo el sistema de botín <sup>124</sup>. 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.

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 político <sup>125</sup>. 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 <sup>126</sup>. 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, su supresión en el actual artículo 23.2 CE ha sorprendido <sup>127</sup>, pudiendo deberse a la voluntad del legislador constituyente de no mezclar las dos cuestiones del acceso a los cargos públicos representativos y no representativos <sup>128</sup>.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, P. 17.

<sup>126</sup> 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 23.2 (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»), 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.

<sup>127</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 106.

<sup>128</sup> PULIDO QUECEDO, M., 1992, p. 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.

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 forman parte del contenido esencial del derecho fundamental de acceso a los cargos y funciones públicas no representativos<sup>129</sup>. En todo caso, el Tribunal Constitucional viene reiterando que el sistema de acceso al empleo público debe basarse en los principios de mérito y capacidad, sobre la base de una conexión sistemática entre el principio de igualdad del artículo 23.2 CE y los de mérito y capacidad del artículo 103 CE<sup>130</sup>.

#### 4.1.5 *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 selectivo<sup>131</sup>, que afectan al sistema de selección, al órgano de selección (que ha de componerse de 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 se analiza en los siguientes capítulos de la presente obra, debiendo indicarse ya que es una cuestión que aún no ha sido adecuadamente resuelta por el legislador.

## 4.2 **Contenido con incidencia en la aplicación de las normas jurídicas**

El derecho fundamental 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

---

<sup>129</sup> En esta línea, puede citarse a PALOMAR OLMEDA, A., 2007, p. 110.

<sup>130</sup> Ver, entre otras muchas, las SSTC 75/1983, 50/1986, 193/1987, 67/1989, 27/1991, 215/1991, 365/1993, 60/1994, 185/1994, 93/1995 y 73/1998, 107/2003 y 37/2004.

<sup>131</sup> Ver VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 49, y MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 197.

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»<sup>132</sup>.

Así pues, la actuación de la Administración Pública (o Ente del Sector Público convocante) que tramita los procesos selectivos puede también lesionar el derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad al aplicar la legislación y las bases reguladoras de dichos procesos.

Debe indicarse, por otro lado, que 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 solamente a algún participante, pero que no existe desigualdad cuando ha sido aplicado a todos los participantes<sup>133</sup>. Sin embargo, el derecho del artículo 23.2 CE queda vulnerado, ya que, 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.

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. Pero 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.

No obstante, debe indicarse que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional acaba entrando en el análisis de la aplicación de la ley. Así, la STC 83/2000 se refiere 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

---

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> Ejemplos de esta doctrina son las SSTC 107/2003 y 10/1998, y el Auto 016/2010

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 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, debe tenerse 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 aprobados 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 jurisdic-

cional de los derechos fundamentales<sup>134</sup>. 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

---

<sup>134</sup> Regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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».

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 diferencia de la jurisprudencia constitucional, debe concluirse que el derecho fundamental sí queda lesionado en los tres siguientes casos: *a)* Cuando el criterio erróneo se ha aplicado a un participante concreto y no a otros. *b)* Cuando el criterio erróneo se ha aplicado a todos los participantes, porque las reglas de valoración se han alterado. *c)* 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 aquéllos méritos que sean baremables según dichas bases reguladoras.

### 4.3 Derecho de carácter reaccional

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<sup>135</sup>. En esta misma línea, indica Fossas Espadaler<sup>136</sup> 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

---

<sup>135</sup> 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 (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 2006, pp. 37, y sobre derechos reaccionales, p. 55).

<sup>136</sup> FOSSAS ESPADALER, E., 1993, pp. 133 y 135, y también GARCÍA ROCA, J., 1998, p. 351.

del citado derecho. En cuanto al alcance de esta acción impugnatoria, la STC 50/1986 indica que el citado derecho fundamental faculta para impugnar «toda norma o toda aplicación concreta que quiebre la igualdad».

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 reclamable «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». 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 cargos o escaños que habrían sido obtenidos por las demás candidaturas, viéndose alterado el resultado electoral.

Más bien se trata de que no procede impugnar el derecho reconocido a otro si, una vez analizada la cuestión, se concluye que el resultado es el mismo para el recurrente, que tampoco aprueba el proceso selectivo. Así, en el ámbito del acceso a los empleos públicos (funcionarios y laborales) procede 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.

## 5. LAS FUENTES REGULADORAS DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO EN CONDICIONES DE IGUALDAD

### 5.1 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 cuestio-

nes como el poder legislativo competente (Estado, Comunidades Autónomas)<sup>137</sup>, el tipo de ley reguladora (orgánica u ordinaria), el alcance de la reserva de ley (absoluta o relativa) y el significado e implicaciones prácticas del concepto de «derechos de configuración legal»<sup>138</sup>.

Como destaca la doctrina, existe una gran dispersión normativa<sup>139</sup>, ya que el sistema parte del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> 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 necesitan del correspondiente desarrollo legal y reglamentario, que corresponde a las Comunidades Autónomas<sup>140</sup>. Además, en el ámbito local intervienen tres estratos: Estado, Comunidad Autónoma y Ente Local, lo cual aumenta la complejidad en el sistema de fuentes.

Asimismo, el legislador estatal, en el EBEP, se fundamenta en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup> CE (competencia exclusiva sobre el Derecho laboral) para determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. 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. Como cuestión de Derecho Público, el acceso al empleo público laboral está más bien relacionado con el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE)

---

<sup>137</sup> 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., *REDC*, pp. 181-213, y 1992, pp. 184 y ss.

<sup>138</sup> La complejidad del sistema de fuentes es aún mayor en el campo del empleo público local, ya que en este ámbito no solo existe el tradicional bifrontismo de la legislación (estatal y autonómica) en materia de régimen local, sino también el bifrontismo de dicha legislación en materia de régimen local, así como, además, en virtud del principio de autonomía local, las Entidades Locales, aunque carecen de potestad legislativa, precisan de un espacio propio regulador de su empleo público (ver en este sentido FUENTETAJA PASTOR, J., 2014, pp. 27 y ss.).

<sup>139</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, pp. 63 y ss. También denominada «festival de leyes» por SOSA WAGNER, F., *Diario el Mundo*, de 20 de septiembre de 2007 (<http://www.almendron.com/tribuna/16914/empleados-públicos-festival-de-leyes/>).

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., 2012, p. 47).

<sup>140</sup> El artículo 6 EBEP dispone que «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».

y con las condiciones básicas de ejercicio de derechos iguales para todos los españoles (art. 149.1.1 CE).

## 5.2 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, 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 <sup>141</sup>.

Tal y como indica ERIC FOSSAS ESPADALER <sup>142</sup>, 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 el tener destino definitivo, ni siquiera 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.

---

<sup>141</sup> Sobre la figura del reglamento, su nulidad y su relación con la ley, puede verse RECUERDA GIRELA, M. A., 2015, p. 100 y ss. Este autor señala que «el reglamento, cuando entra en el ámbito de la materia reservada a la ley, debe contar con la habilitación expresa del legislador, que puede ser amplia y genérica, y su contenido debe responder al margen de actuación establecido por dicha habilitación. Ese margen dependerá en todo caso de la intensidad de la reserva de ley establecida».

<sup>142</sup> FOSSAS ESPADALER, E., 1993, p. 147.

La citada sentencia señala que el alcance de la reserva de Ley del artículo 27.2 CE<sup>143</sup> es distinto y más estricto que el de la reserva 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 CE, 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, el propio artículo 23.2 CE es claro al indicar que los requisitos del acceso los establecerán las leyes<sup>144</sup>. 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». Ahora bien, la colaboración del reglamento en la regulación del acceso a las funciones públicas tiene unos límites, de manera 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»<sup>145</sup>. Y añade que «no puede el reglamento excluir del goce de un derecho a aquellos a quienes la Ley no excluyó, cuando ni siquiera esta última ha previsto la posibilidad de que por vía complementaria el reglamento pueda eventualmente excluirlos»<sup>146</sup>. 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».

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 entendiendo que el reglamento puede, «cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta

---

<sup>143</sup> 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».

<sup>144</sup> Literalmente el artículo 23.2 CE indica «con los requisitos que señalen las leyes».

<sup>145</sup> En el mismo sentido, las SSTC 138/2000, 99/1987, 48/1998 y 73/1998.

<sup>146</sup> Ver también el ATC 246/1996.

para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada», cabiendo la remisión al reglamento, «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, entre otros aspectos. También Sánchez Morón<sup>147</sup> 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.

En cuanto a los requisitos de acceso al empleo público, éstos vienen establecidos con carácter general en el artículo 56 EBEP<sup>148</sup>. 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 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.

<sup>147</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, p. 67.

<sup>148</sup> 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 obra.

### 5.3 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 sobre el 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<sup>149</sup>. 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<sup>150</sup>.

En relación con esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha distinguido entre cargos públicos representativos y no representativos: para los primeros exige ley orgánica, pero para los segundos solamente ley ordinaria<sup>151</sup>. 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

---

<sup>149</sup> También a favor de la regulación por ley orgánica puede citarse BAENA DE ALCÁZAR, M., 1985, p. 282.

<sup>150</sup> ALBALADEJO CAMPOY, M. A., 1980, p. 21.

<sup>151</sup> PULIDO QUECEDO, M., *REDC*, p. 177.

*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 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 los recurrentes entendían que el artículo 19.1 y 2 de la Ley 30/1984 (referido a la selección del personal) infringía el artículo 23.2 de la CE, porque la materia de la selección del personal funcionario debía ser contenido propio de una ley orgánica. El Tribunal Constitucional concluyó, sin embargo que «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 n.º 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 no es aceptable, pues da a entender que establecer que los criterios de acceso al empleo público son la igualdad, el mérito, la capacidad y la publicidad, así como las reglas esenciales de formación de los órganos de selección, son cuestiones que no constituyen desarrollo legal de dicho derecho fundamental. 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 re-

presentativas, 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 (art. 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»<sup>152</sup>. Sin embargo, el carácter no sustantivo del derecho, nada tiene que ver con que la ley reguladora haya de ser ordinaria u orgánica. Y 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 (...)

---

<sup>152</sup> PULIDO QUECEDO, M., 1992, p. 510.

que tiene por finalidad garantizar la transparencia y objetividad del proceso electoral y el principio de igualdad (art. 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 (arts. 9, 11 LOREG) se separen manifiestamente de lo que es ordinario de los órganos correspondientes a la Administración General del Estado».

Pues bien, esa misma finalidad de transparencia e igualdad rige también en el acceso a los cargos públicos no representativos en condiciones de igualdad, 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. 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 garantías, en el nivel más elemental, han de ser reguladas por ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81 CE.

#### 5.4 La legislación básica en materia de función pública

La cuestión de la legislación básica afecta de forma plena no al derecho fundamental del que tratamos, sino a la regulación del estatuto de un tipo de empleado público: el funcionario. En todo caso, se efectúa una breve referencia a la cuestión. Según el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> 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<sup>153</sup>. Por ello, no procede analizar con detalle el concepto de legislación básica y su aplicación al ámbito de los funcionarios, por cuanto de lo que tratamos en la presente obra es del contenido y las garantías del derecho

---

<sup>153</sup> 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., 1999, p. 99).

Esta atribución competencial tiene como 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 (PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 77).

de acceso en condiciones de igualdad a todos los empleos del Sector Público, no sólo los empleos funcionariales.

En definitiva, los mecanismos concretos adicionales que se proponen en esta obra para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad, forman parte del contenido del derecho fundamental 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 esos mecanismos concretos que garantizaran la vigencia de aquellos principios.

## 5.5 Los artículos 149.1.1.<sup>a</sup> y 139.1 CE

Cabe preguntarse si en materia de acceso al empleo público existe, para el Estado, otro título competencial distinto del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, que sería el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE. A este respecto, Vivero Serrano <sup>154</sup> 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 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

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 competencia ex artículo 149.1.1.<sup>a</sup> 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» <sup>155</sup>.

También la STC 37/1987 ha señalado que el ejercicio de sus competencias por las Comunidades Autónomas puede provocar desigualdades en la

---

<sup>154</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 67.

<sup>155</sup> Ver también las SSTC 61/1997, 173/1998 y 188/2001.

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.<sup>a</sup> 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»<sup>156</sup>.

Concluye Parejo Alfonso<sup>157</sup> que «cuando, no obstante el mayor alcance de la competencia legislativa específica que otorga el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> 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 149.1.1.<sup>a</sup> CE».

Como ejemplo de la incidencia del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> 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 149.1.1.<sup>a</sup> 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.

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»<sup>158</sup>. 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 fundamen-

<sup>156</sup> En el mismo sentido, las SSTC 227/1988, 150/1990, 186/1993, 319/1993, 173/1998 y 131/2001.

<sup>157</sup> PAREJO ALFONSO, L., 2003, pp. 35 y ss.

<sup>158</sup> OTTO, I., 1986, pp. 141 y ss.

tal, le corresponde a la Comunidad Autónoma «completar el desarrollo a través del instrumento legal que corresponda»<sup>159</sup>.

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».

## 5.6 La negociación colectiva sobre el acceso al empleo público

No es objeto de esta obra 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<sup>160</sup>.

El Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP entendió 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 ge-

---

<sup>159</sup> MUÑOZ ARNAU, J. A., 1998, p. 184

<sup>160</sup> 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., 2007, p. 81. En esta obra se realiza un análisis de las cláusulas que habitualmente se contienen en los citados convenios colectivos).

nerales de los planes y fondos para la formación y la 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 37, 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 (...).* 1) *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.*».

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. Así, hay autores <sup>161</sup> que entienden que la expresión «*quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación*» significa «prohibición taxativa de negociar estas materias», mientras que otros <sup>162</sup> entienden que 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 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, ór-*

<sup>161</sup> RABANAL CARBAJO, P., 2007, p. 295.

<sup>162</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., JA, 2008, p. 67.

*ganos 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 entiende<sup>163</sup> que lo segundo se refiere a las bases de cada procedimiento selectivo. Y, según De Nieves Nieto, «deben negociarse 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»<sup>164</sup>.

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»<sup>165</sup> 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»<sup>166</sup>.

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 carecen de un verdadero interés legítimo para intervenir en el diseño y configuración de los procesos selectivos de acceso al empleo público, tanto laboral

---

<sup>163</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, pp. 204-206, y ROQUETA BUJ, R., 2007, p. 170.

<sup>164</sup> 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., *RGDA*, 2006, pp. 1 y ss.).

<sup>165</sup> ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C., 2010, p. 79.

<sup>166</sup> MAURI MAJÓS, J., 2011, pp. 271 y ss.

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 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<sup>167</sup>. 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<sup>168</sup>.

Ya con ocasión de la Ley 9/1987, Parada Vázquez<sup>169</sup> 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 Escanciano<sup>170</sup>, 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 actua-

---

<sup>167</sup> RIVERO LAMAS, J., 2004, p. 28.

<sup>168</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, pp. 204-206.

<sup>169</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., 1994, pp. 100 y ss.

<sup>170</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, pp. 204-206.

ción 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 sanciones de tráfico. Ciertamente, 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.

En definitiva, puede concluirse que los sindicatos y también los órganos de representación unitaria 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 laboral, Molina García<sup>171</sup> entiende que el derecho del artículo 23.2 CE es de configuración legal, por lo que no cabe su regulación por convenio colectivo, ya que sólo puede ser alegado en los términos previstos en la ley que los desarrolle. 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<sup>172</sup>. 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 Puertollano<sup>173</sup> 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 a los concretos méritos de sus respectivos afiliados, contratados temporales o funcionarios interinos».

En la misma línea, Olivera Massó<sup>174</sup>, 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

---

<sup>171</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, pp. 150 y ss.

<sup>172</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 153.

<sup>173</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 80.

<sup>174</sup> OLIVERA MASSÓ, P., *RL*, p. 300

procesos, aunque no sean trabajadores del ámbito al que afecta el Convenio Colectivo.

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<sup>175</sup>. También Fernández Domínguez y Rodríguez Escanciano<sup>176</sup> 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*<sup>177</sup>. Incluso parte de la doctrina entiende que, ante la falta de regulación detallada de los procesos selectivos del personal laboral en el Real Decreto 364/1995<sup>178</sup>, no se aplicará supletoriamente la normativa sobre funcionarios, sino los convenios colectivos<sup>179</sup>.

Por otro lado, y como indica Rabanal Carabajo<sup>180</sup>, 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 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<sup>181</sup>. 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 art. 103 CE).

Por su parte, Mauri Majós entiende 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 (...),

<sup>175</sup> MOLERO MARAÑÓN, M. L., 1999, pp. 1 y ss.

<sup>176</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2006, p. 86, y 2005, p. 153, citando a SÁNCHEZ BLANCO, A., *REDA*, pp. 207-226.

<sup>177</sup> Ver las SSTC 42/1981, 50/1986, 18/1987, 67/1989, 27/1991, 93/1995, 11/1996 y 96/1997.

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> Ver en este sentido MOLERO MARAÑÓN, M. L., 1999, p. 47, y LÓPEZ GÓMEZ, J. M., 1995, p. 198.

<sup>180</sup> RABANAL CARBAJO, P., 2007, p. 277.

<sup>181</sup> MONTROYA MELGAR, A., 2007, p. 470.

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»<sup>182</sup>.

Asimismo, De Nieves Nieto<sup>183</sup> 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.

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, rebajando las exigencias de mérito y capacidad. Así, señala Sánchez Morón<sup>184</sup> 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, Martínez de Viegol<sup>185</sup> alude a Convenios Colectivos que 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 Escanciano<sup>186</sup>, las organizaciones sindicales no van a renunciar a hacer primar los intereses de los trabajadores, especialmente los temporales, frente a los aspirantes «externos».

---

<sup>182</sup> MAURI MAJÓS, J., 2011, pp. 271 y ss.

<sup>183</sup> NIEVES NIETO, N., *RMII*, pp. 47-76.

<sup>184</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *RAAP*, p. 118.

<sup>185</sup> Ver MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., 2001, p. 632.

<sup>186</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, pp. 204-206.

Por ello, como indica Parada Vázquez<sup>187</sup>, «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 del Sector Público, tanto de funcionarios como de laborales, así como las decisiones sobre Ofertas de empleo público y convocatorias de procesos selectivos. Esto determinaría, en particular, que no se pudiera regular esta materia por convenio colectivo.

---

<sup>187</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., 1999, p. 239.



## CAPÍTULO 2

# LOS SISTEMAS DE SELECCIÓN DE ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

### 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<sup>1</sup>. Tras varias décadas de Estado democrático y de Derecho, la cuestión de los sistemas de selección de los empleados públicos continúa siendo un tema estrella<sup>2</sup>, debido a las numerosas irregularidades que continúan produciéndose.

Estas irregularidades se deben no solamente a la actuación 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 más utilizado en los procesos de consolidación de empleo público temporal)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 92, y MARTÍN REBOLLO, L., 2008, p. 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., 2008, pp. 12 y ss.).

<sup>2</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 16 y 17. Sobre las políticas de selección en España puede verse JIMÉNEZ ASENSIO, R., 1989, NIETO GARCÍA, A., 1986, pp. 1 y ss., y LALINDE ABADÍA, J., 1970, pp. 1 y ss.

<sup>3</sup> PUERTAS POMAR, E., y EMBID IBÁÑEZ, O., *RARAP*, pp. 171-196.

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.
- La incorporación de entrevistas en las que el margen de subjetivismo y desviación es mayor que en otro tipo de pruebas.
- La atribución de 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 master, la experiencia profesional en el propio Ente convocante, etc.), o la infravaloración de ciertos méritos.

Por otro lado, entendiendo que el actual sistema (especialmente las oposiciones) 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<sup>4</sup>, se han vertido los siguientes críticas:

- La existencia de un modelo cerrado basado en el acceso a Cuerpos funcionariales y no a puestos de trabajo concretos, hace que la selección se base en criterios muy generalistas y no se adecúe a las necesidades concretas de los puestos de trabajo<sup>5</sup>.
- La falta de agilidad de los procesos selectivos.
- El tipo de pruebas, fundamentalmente pruebas de conocimientos teóricos, son esencialmente memorísticas y no sirven para detectar las capacidades y habilidades personales necesarias<sup>6</sup>.

En relación con el sistema cerrado de Cuerpos funcionariales, la cuestión que se plantea es si la selección debe realizarse para Cuerpos funcionariales, o bien para cada puesto concreto de trabajo. Y es que los sistemas de selección no pueden ser los mismos: en un sistema de carrera, que recluta personal de

---

<sup>4</sup> Puede citarse en este sentido a GONZÁLEZ GALLARDO, L., 2003, p. 19.

<sup>5</sup> 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., 2008, p. 768). Sobre la definición de los sistemas abierto y cerrado puede verse RUANO RODRÍGUEZ, L., 1998, pp. 21 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido se pronunciaba el *Libro Blanco para la mejora de los Servicios Públicos*.

por vida y para progresar a lo largo de una carrera administrativa<sup>7</sup>, el acceso se produce a Cuerpos funcionariales, de modo que el aspirante debe acreditar conocimientos generales para el potencial desempeño del abanico de puestos de trabajo asignados al Cuerpo en el que pretende ingresar, y, posteriormente, suele existir un período de formación<sup>8</sup>.

En el sistema abierto, de estilo empresarial, la selección se efectúa para cada puesto de trabajo concreto, sin oposiciones a Cuerpos generales, sin que se prevea una posterior carrera administrativa<sup>9</sup>. Este modelo pretende aportar mayor rentabilidad y flexibilidad<sup>10</sup>, es más propio del personal laboral, y predomina en EEUU, Alemania e Italia.

Como indica Gutiérrez Reñón, la articulación en Cuerpos funcionariales permite seleccionar al personal simplificando los procesos selectivos (que no se celebran para cada puesto de trabajo individualizado<sup>11</sup>). 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 acceso a cada Cuerpo o Escala funcional<sup>12</sup>.

Además, la legislación ha permitido el uso asistemático de otros tipos de personal (laborales, contratados administrativos, interinos, etc.), llevando a la doctrina a concluir que realmente no existe un verdadero modelo planificado de empleo público en España<sup>13</sup>, sino una «función pública invertebrada»<sup>14</sup>.

La selección por Cuerpos funcionariales o categorías laborales es perfectamente válida en el contexto actual. Como indica Palomar Olmeda<sup>15</sup>, permite reconducir las funciones de la compleja organización administrativa a una serie de grandes franjas funcionales asignables a dichos Cuerpos, que son el re-

<sup>7</sup> PINAZO HERNANDIS, J., 2007, p. 32.

<sup>8</sup> Se considera a la Unión Europea y Francia como sistemas más cerrados.

<sup>9</sup> GUTIÉRREZ REÑÓN, A., *DA*, pp. 29-70. 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.

<sup>10</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 28.

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ REÑÓN, A., *RVAP*, pp. 83-90.

<sup>12</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, p. 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., 1986, pp. 138 y ss.).

<sup>13</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 32.

<sup>14</sup> NIETO GARCÍA, A., 1996, p. 153.

<sup>15</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2007, p. 471.

ferente de especialización funcional<sup>16</sup>. Y el modelo de Cuerpos no está reñido con la adecuación del funcionario a los puestos de trabajo, 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 progresando<sup>17</sup>.

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 en este caso, si la necesidad no puede satisfacerse con Cuerpos funcionariales o categorías laborales, 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, o incluso la celebración de 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. Y se tratará de casos muy excepcionales, y donde la selección sea también objetiva.

El modelo burocrático Weberiano ha sido criticado por haber perdido eficacia y eficiencia, surgiendo la Nueva Gestión Pública y el concepto de Gobernanza, 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. Como indican Monereo Pérez y Molina Navarrete<sup>18</sup>, el EBEP acoge la perspectiva de la Gobernanza, y regula aspectos como el personal directivo, la evaluación del rendimiento de los empleados públicos y el reconocimiento de nuevas técnicas de selección de los empleados públicos.

Pero el problema de la falta de eficacia administrativa no deriva tanto de la existencia de Cuerpos funcionariales y de procesos selectivos reglados, 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, provoca que la organi-

---

<sup>16</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, p. 118.

<sup>17</sup> DEL SAZ CORDERO, S., 1999, p. 154.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 12.

zación sea rígida<sup>19</sup>. Esto ocurre tanto en los puestos funcionariales como laborales.

- La falta de una adecuada política de incentivos de productividad y la inexistencia de métodos para medir el rendimiento. Da igual cómo sea seleccionado el personal, si después no hay una política de eficacia y rendimiento.

- El excesivo número de mandos intermedios, por lo que se recomienda el aplanamiento de las estructuras, con reducción de estos cargos<sup>20</sup>.

- 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.

Se ha destacado la necesidad de una mayor flexibilidad en la gestión del personal y en su reclutamiento, que se identifica con la supresión de las pruebas memorísticas propias de las oposiciones por las entrevistas, análisis de currículum y otras técnicas propias de la empresa privada<sup>21</sup>. 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.

Asimismo, 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 como las entrevistas o la elaboración de memorias, existe un riesgo relevante de que diseñen procedimientos selectivos *ad personam* y favorezcan a personas concretas.

Por ello, indica Longo que la flexibilización (con la implantación de nuevas técnicas de selección propias de la empresa privada) ha de ir acompañada de «la 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»<sup>22</sup>.

Por tanto, 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 se puedan simplificar trámites o reducir plazos, y que convenga 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).

<sup>19</sup> VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PÍNO MATUTE, E., 2009, p. 97.

<sup>20</sup> VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PÍNO MATUTE, E., 2009, p. 98.

<sup>21</sup> LONGO, F., 2004, p. 244.

<sup>22</sup> LONGO, F., 2004, p. 274. Ver también NIETO GARCÍA, A., *DA*, pp. 7-43.

Como indican 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»<sup>23</sup>.

## 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<sup>24</sup>. Sobre el sistema de las oposiciones, ya señalaba Serrano Guirado<sup>25</sup>, 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»<sup>26</sup>. Sin embargo, al sistema de oposiciones también se le ha criticado que se basa en pruebas puramente memorísticas (exposición oral o escrita de temas), e incluso patológicamente memorísticas<sup>27</sup>, sin realización de pruebas prácticas, de modo que no se analizan otras habilidades de los aspirantes<sup>28</sup>, y que las pruebas teóricas no suelen estar muy relacionadas con las funciones que los aspirantes van a desempeñar<sup>29</sup>.

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*

---

<sup>23</sup> RECIO SÁEZ DE GUINOVA, J. M.<sup>a</sup>, y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L., *RARAP*, p. 81.

<sup>24</sup> JUNQUERA GONZÁLEZ, J., *RDA*, pp. 24 y ss.

<sup>25</sup> SERRANO GUIRADO, E., 1956, pp. 1 y ss.

<sup>26</sup> En la misma línea, MAURI MAJÓS, J., 2009, p. 303.

<sup>27</sup> PARADA, VÁZQUEZ, R., 2007, p. 143.

<sup>28</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 269.

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, p. 36, y ORTEGA ÁLVAREZ, L., 2003, p. 9. Ya en la década de los sesenta SIGUÁN SOLER 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. SIGUÁN SOLER, M., *DA*, pp. 1 y ss.

*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 consisten de varios ejercicios, al menos uno deberá tener carácter práctico»*.

En todo caso, las críticas anteriormente expuestas pueden superarse, debiendo destacarse lo siguiente:

1. Como indica Santamaría Pastor<sup>30</sup>, 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 exigen una preparación más allá de la que proporciona la Licenciatura o el Grado. Efectivamente, 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»<sup>31</sup>.

La selección basada en conocimientos se ha venido haciendo acertadamente en general en las Administraciones Públicas<sup>32</sup>, aunque recientemente se aprecia la necesidad de tomar en consideración también las habilidades y actitudes de las personas. A tales efectos, 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.

<sup>30</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1986, pp. 4 y ss.

<sup>31</sup> Ver también PARADA VÁZQUEZ, R., 2007, p. 143. En la misma línea, MARTÍN REBOLLO, 2008, p. 15.

<sup>32</sup> VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PÍNO MATUTE, E., 2009, p. 97.

2. Muchos procesos selectivos incluyen, después de la fase de oposición, un período de prácticas o una estancia en una Escuela.

3. Muchos procesos selectivos incluyen ejercicios prácticos<sup>33</sup>, 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 un entrenamiento sobre supuestos prácticos.

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 Pública en el Estado de Derecho (contratación administrativa, gastos públicos, etcétera), establecida precisamente en garantía del interés público<sup>34</sup>.

5. Los hechos han demostrado además que cuando las empresas privadas de gran envergadura y compleja organización 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<sup>35</sup>.

6. Como indica Garrido Falla<sup>36</sup>, 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».

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<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> 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».

<sup>34</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 1438.

<sup>35</sup> Pensemos en el éxodo de Inspectores de Trabajo, de Hacienda o Abogados del Estado hacia los grandes despachos de abogados.

<sup>36</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 1438.

<sup>37</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *RARAP*, pp. 19-28.

En definitiva, como señala Garrido Falla<sup>38</sup>, «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 los tiene. Y es que las oposiciones han sido el sistema más eficaz de promoción y movilidad social que ha existido en toda nuestra historia<sup>39</sup>.

En esta línea, según De la Morena y de la Morena<sup>40</sup>, el sistema de oposición es el único en que se cumplen íntegramente los principios de objetividad, publicidad, igualdad de oportunidades y se eliminan los riesgos 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», por lo que estimó 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 prestigiosos<sup>41</sup>. Todo ello sin perjuicio de 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 obra.

Ahora bien, debido principalmente a la legislación vigente, las oposiciones sufren 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 oposiciones<sup>42</sup> se ha producido en la propia etapa democrática, en buena parte por la voluntad de consolidar a las masas de empleados públicos temporales<sup>43</sup> 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.

<sup>38</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 1438.

<sup>39</sup> SANTAMARÍA PASTOR, citado por MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 46.

<sup>40</sup> DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 1 y ss.

<sup>41</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 108 y 137.

<sup>42</sup> 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 (ver NIETO GARCÍA, A., 1984, p. 103).

<sup>43</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 137.

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<sup>44</sup>.

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 del órgano de selección, los mecanismos para impedir el diseño de procesos selectivos *ad personam*, y el control jurisdiccional de los procesos. Si todos estos aspectos funcionan adecuadamente, entonces la oposición permitirá seleccionar a los aspirantes con mayor mérito y capacidad.

Respecto a la legislación vigente, se hace referencia aquí al personal funcionario, pues el personal laboral es objeto de análisis en el Capítulo 4 de esta obra. En cuanto a los funcionarios de la Administración General del Estado, el Real Decreto 364/1995 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 selectivos<sup>45</sup>, si bien en algunas Comunidades Autónomas se da preferencia al sistema de oposiciones<sup>46</sup>. Además, en el caso de las Comunidades Autónomas que dan prefe-

---

<sup>44</sup> Sobre la discrecionalidad técnica puede verse recientemente MILANS DEL BOSCH y JORDÁN DE URRÍES, S., 2014, pp. 917-936.

<sup>45</sup> 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, 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, 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.

<sup>46</sup> 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

rencia 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<sup>47</sup>.

En cuanto se refiere a los Entes Locales, y respecto de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, la actual regulación básica estatal para este tipo de funcionarios, contenida en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, no establece preferencia por ningún sistema. Respecto de los funcionarios locales que no requieren habilitación de carácter nacional, la citada Ley no se pronuncia específicamente por ningún sistema de selección, siendo el Real Decreto 896/1991<sup>48</sup> 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»*.

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 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 artícu-

---

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.

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> 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.

los 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». Aunque también permite 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 la normativa debería exigir que en las bases de la convocatoria se motive expresamente la opción por el concurso o concurso-oposición<sup>49</sup>.

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 Cuerpo de inspectores de educación también ha dispuesto, en la citada Disposición Adicional, que el acceso se realizará mediante concurso-oposición.

---

<sup>49</sup> En esta misma línea, PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 123 y 124.

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<sup>50</sup>.

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 equiparar ambos sistemas en su artículo 61.6<sup>51</sup>.

## 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, indicando el artículo 61.2 del EBEP 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 a las pruebas que se realizan en formato tipo test, se han generalizado por el aumento de las masas de ciudadanos que concurren a los procesos selectivos, facilitando su realización y corrección. Presentan la ventaja de 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, y facilitan 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 consi-

---

<sup>50</sup> 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».

<sup>51</sup> LORENZO DE MEMBIELA, J. B., 2009, p. 182.

derado correctas<sup>52</sup>. Sin embargo, las pruebas tipo test 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.

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 cuestiones<sup>53</sup>, 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.

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. 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. 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 pero adecuadas a los principios constitucionales de mérito y capacidad<sup>54</sup>.

Así, en los Cuerpos y Categorías inferiores deben mantenerse los exámenes sobre conocimientos de Constitución Española y Derecho Administrativo, pues se trata de trabajar en una Administración Pública, cuyas características más básicas deben ser conocidas por todos los empleados públicos<sup>55</sup>. Además, deben utilizarse también, en los puestos que no sean de meros oficios, los ejercicios escritos de redacción y ortografía<sup>56</sup>, pues los empleados públicos deben

---

<sup>52</sup> Siempre, claro está, que no se sustente la trasnochada doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos de selección.

<sup>53</sup> P. 326.

<sup>54</sup> En este sentido, FONDEVILA ANTOLÍN postula las pruebas psicotécnicas y de simulación tendentes a comprobar las aptitudes de los opositores (FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 162).

<sup>55</sup> Ver PUERTA SEGUIDO, F., 2003, pp. 473 y ss.

<sup>56</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 338.

saber confeccionar los escritos correctamente. 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<sup>57</sup>.

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 evidente que cuando se pretenden relajar las exigencias de mérito y capacidad, los temarios se reducen), y 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 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<sup>58</sup>. En este sentido, la Constitución no impone que solamente pueda utilizarse el sistema de la oposición con celebración de exámenes, sino que el

---

<sup>57</sup> A este respecto puede citarse la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha, n.º 79/2008, de 24 de abril, que observa que en el conjunto de las preguntas del examen que se referían a cultura general, se encuadraban 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».

<sup>58</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 476.

principio de mérito permite y postula también la valoración de otros méritos, como la formación, la experiencia profesional, etc.

Por su parte, el EBEP (en su art. 61.6) continúa sin establecer el orden de prelación<sup>59</sup> 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 concreto<sup>60</sup>. Refiriéndose a las Administraciones Locales, señala Fondevila Antolín<sup>61</sup> 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<sup>62</sup>.

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<sup>63</sup>.

Ahora bien, el concurso-oposición ha sido utilizado para consolidar sectores de empleo precario con relajación de los principios de mérito y capacidad, 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. Así, el concurso-oposición presenta el gran problema de su susceptibilidad para ser utilizado para favorecer a personas o colectivos concretos<sup>64</sup>. 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 aspiran-

---

<sup>59</sup> Lo cual ha considerado DE LA MORENA Y DE LA MORENA como un paso atrás (DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 1 y ss.

<sup>60</sup> Aunque esta restricción del concurso sólo la establece para el caso del personal funcionario.

<sup>61</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 161.

<sup>62</sup> 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».

<sup>63</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 79.

<sup>64</sup> Ver MARTÍN REBOLLO, L., 2008, p. 13, y PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 157 y ss., y DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 1 y ss. La situación también es denunciada reiteradamente por la doctrina, y 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 n.º 050844 tramitada por el Síndico de Agravios o Alto Comisionado de las Cortes Valencianas.

tes, realizando lo que la doctrina ha denominado un «traje a medida» del candidato predeterminado por el Ente convocante. Así, presenta estos riesgos:

- Que la fase de oposición sea falseada mediante la configuración de pruebas de escaso nivel técnico.
- Que la fase de concurso se sobrevalore desproporcionadamente sobre la fase de oposición.
- Que en la fase de concurso se sobrevaloren o infravaloren determinados méritos de forma desproporcionada o tendenciosa.

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, que se analizan a continuación:

- 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 pruebas restringidas en sentido amplio, en las cuales se sobrevalora en el proceso global la puntuación atribuible a los servicios prestados en las Administraciones Públicas para favorecer el ingreso del personal temporal en perjuicio del resto de ciudadanos aspirantes. Dado que el concurso ha sido relegado por el EBEP a los casos excepcionales en que una ley lo autorice, el concurso-oposición puede ser utilizado para, bajo la apariencia de legalidad, *de facto* articular un auténtico concurso fuera de los casos legalmente autorizados.

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 Martí-

nez<sup>65</sup>, 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 legal insuficiente, porque establece un criterio susceptible de distintas interpretaciones. Por tanto, no estamos ante una solución que aporte seguridad jurídica al ciudadano<sup>66</sup>. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, algunas leyes 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 obtenida en la fase de oposición. La Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca reduce este porcentaje al 45%. 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, dispone 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»*.

---

<sup>65</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, p. 669.

<sup>66</sup> Puede destacarse que en Italia no cabe dar a los méritos una puntuación igual o superior a un tercio de la nota total (ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 60).

Por su parte, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, dispone en su artículo 95 que *«la valoración de dichos méritos o niveles de experiencia no supondrá más de un 40% de la puntuación máxima alcanzable en el proceso selectivo»*. Esta previsión reproduce la contenida en 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, previsión que además se mantiene en el Proyecto de Ley de Empleo Público de Galicia, publicado en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» n.º 397 de 30 de diciembre de 2014.

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»*.

En conclusión, la ley debería regular con más detalle en qué casos procede el concurso-oposición, y fijar expresamente el valor asignable a la fase de concurso en el proceso selectivo global. Además, la legislación básica debe establecer expresamente ese valor máximo, así como la prohibición de utilizar los puntos obtenidos en la fase de concurso para entender superada la fase de oposición (el sistema mochila) y de que la fase de concurso sea eliminatoria, o que su superación dispense de la necesidad de superar las pruebas selectivas<sup>67</sup>.

#### 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»<sup>68</sup>, en el que se diseñan pruebas de capacidad de bajo nivel para que el individuo o colectivo favorecido supere

---

<sup>67</sup> Algunas leyes autonómicas sí recogen estas medidas o algunas de ellas, como la Ley 3/1990, de 29 de junio, de Función Pública de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Rioja (art. 21.4) la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (art. 46), 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 (art. 38). También puede citarse 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 [art. 4.c)].

También la doctrina postula el carácter no eliminatorio de la fase de concurso, pues el principio de igualdad exige tener la oportunidad de demostrar la suficiencia de conocimientos [FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2007, p. 291. En esta línea, ver el artículo 4.c) del Real Decreto 896/1991].

<sup>68</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 155.

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 3 de esta obra. 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 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 ejemplo de sobrevaloración de los servicios prestados frente a otros méritos es el de la sentencia del Tribunal Supremo de 27 marzo 1990, en el que se producía «la equiparación entre un Médico contratado durante quince días en la Corporación demandada, con otro, que tenga hasta cinco años de docencia». Por su parte, la STS de 6 junio 1996 exige excluir «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 para cubrir plazas de profesores interinos en una Escuela Universitaria de Enfermería, que asignaba 7 puntos a los solicitantes en paro, mientras que, por ejemplo, concedía sólo 6 al título de doctor.

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, entendiéndose que ello provocaba que «queda ente-

ramente 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». Sin embargo, también debe citarse la STS de 5 de octubre de 1993, que se refiere a unas bases reguladoras de un concurso-oposición libre que contenían 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»<sup>69</sup>.

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 muy limitada en el resultado del proceso selectivo, de manera que la ley debe fijar un tope máximo de incidencia en la baremación, de, por ejemplo, un 5% del total de puntos de la fase de baremación de méritos.

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 CE, 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 constitu-

---

<sup>69</sup> 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 (...): 1.º Formación Académica; 2.º Actividad Docente; 3.º Actividad Científico-Investigadora; 4.º 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 (...)».

cional 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<sup>70</sup>. 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<sup>71</sup>. En cuanto al 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 norma es bienvenida, pero no aporta luz sobre los méritos baremables.

Tampoco precisa nada la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, en cuanto a la selección de los funcionarios propios de los Entes Locales. Igual sucede respecto de los funcionarios con habilitación de carácter nacional, respecto de los que nada dice el actual artículo 92 bis de la citada Ley. 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 de-

---

<sup>70</sup> También el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 15 de diciembre de 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».

<sup>71</sup> 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 de la Constitución Española.

terminadas 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 control<sup>72</sup> 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, el órgano judicial 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 Pública convocante que toda una carrera profesional relacionada con la plaza convocada)<sup>73</sup>. Podría citarse como ejemplo de mejora en la concreción de los baremos de méritos, el sistema de acreditación nacional para el acceso a los cuerpos docentes universitarios.

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»<sup>74</sup>. Las reglas legales sobre diseño del baremo de méritos, teniendo en cuenta el objetivo de apreciar el mérito y la capacidad de los aspirantes, podrían ser las siguientes:

Para evitar las convocatorias *ad personam*, sería conveniente atribuir mayor valor en los baremos a los méritos generales, tales como el expediente aca-

<sup>72</sup> Salvo los casos en que sindicatos o asociaciones ejercen acciones legales.

<sup>73</sup> GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., *REDA*, pp. 551 y ss.

<sup>74</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 20.

démico 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). 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 es prueba tanto de que la persona cuenta con unos amplios y sólidos conocimientos, como de la responsabilidad y voluntad de trabajo. Así, 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)<sup>75</sup>. Igualmente, la superación de 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) debería establecerse la obligación de valorar 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 de no valorarlo con una puntuación inferior a la máxima atribuible a los cursos de formación<sup>76</sup>.

En cuanto a la valoración de la experiencia profesional, la ley debería establecer expresamente ciertas reglas que en algunos casos ya se han aplicado o se han asumido jurisprudencialmente, tales como las siguientes:

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.

---

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> En este sentido, el TSJ de Galicia, en sentencia de 2 de abril de 2003, consideró inadmisibile que se puntuara más ser Técnico Urbanista o haber asistido con aprovechamiento al curso superior de Planeamiento, Gestión, Disciplina Urbanística y Medio Ambiente, que ser Doctor en Urbanismo.

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, la STC 281/1993 señaló que «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»<sup>77</sup>.

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

---

<sup>77</sup> También el Defensor del Pueblo Andaluz, en el Informe del ejercicio 2005 (Queja 05/1288), señaló, en relación con las Bases reguladoras para cubrir dos plazas de Auxiliar Administrativo de un Ayuntamiento, que podría ser antijurídico valorar por cada mes de servicio prestados en puestos de igual o similar categoría al que se opta en el Ayuntamiento, según éste sea de población menor o mayor de 20.000 habitantes.

Pueden citarse también STS de 23 de diciembre de 1996, referida a una convocatoria que valoraba más lo Servicios prestados en Servicios Regionales de salud como Veterinario, y la STS de 27 de marzo de 1990 considera desigualitaria una convocatoria en la que «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». Igualmente, la STS de 4 de marzo de 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. En todo caso debe destacarse que la STS de 25 de abril de 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».

Sin embargo, 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 de junio de 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».

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<sup>78</sup>.

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, referida a unas bases reguladoras para cubrir interinidades funcionariales que no valoraban los servicios prestados como personal laboral, y que concluye que ambos tipos de servicios no son equiparables.

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. La ley también debería prohibir la atribución de 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 «directamente con las funciones» del Cuerpo funcional o puesto de trabajo convocado. Esta circunstancia no es admisible, porque da lugar a que solamente los cursos impartidos por la Administración Pública a su propio personal sean los susceptibles de ser valorados<sup>79</sup>.

En cuanto a las becas, debería establecerse la obligación de incluirlas en los baremos, pues son un mérito, si están relacionadas con los Cuerpos o categorías convocados.

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

---

<sup>78</sup> 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».

<sup>79</sup> Así, el Tribunal Supremo en sentencias de 8 de abril de 2011 y 8 de junio de 2005 ha señalado que exigir en las bases reguladoras que los cursos de formación guarden relación directa con las tareas propias de conjunto de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por los Cuerpos y especialidades convocados «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», por lo que «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».

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 Capítulo 2 de esta obra, 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 Andalúz 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, no siendo baremables circunstancias como el hecho de estar en paro<sup>80</sup>.

Debe analizarse también cuál deba ser el 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. Sin embargo, quizás proceda 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 pruebas de conocimientos. Al respecto, en Italia se establece que la valoración de méritos se realice antes de

---

<sup>80</sup> El Defensor del Pueblo Andalúz señala en el Informe de 2003 (queja 02/1508) 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».

corregir los exámenes escritos, de manera que quien barema los méritos aún no conoce el ranking de resultados derivado de la prueba escrita ya celebrada<sup>81</sup>.

En esta línea, puede citarse el artículo 150.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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 del 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 1 de la presente obra.

#### 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 oposición<sup>82</sup>, especialmente en el caso del personal directivo<sup>83</sup>, de manera que procede recurrir al concurso cuando se precisen personas de relevantes méritos<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 60.

<sup>82</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., 1999, p. 459.

<sup>83</sup> MARTÍN REBOLLO, L., 2008, p. 13.

<sup>84</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005. 34.

En esta línea, el Real Decreto 364/1995 admite la utilización excepcional 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 concurso<sup>85</sup>. 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<sup>86</sup>, lo cual ha sido denunciado por la doctrina<sup>87</sup>. Y es que, con la legislación vigente, y también con la anterior, 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 *ad personam* («trajes a medida»)<sup>88</sup>, lo cual es inadmisibles. Por ello, resulta plenamente acertado que el artículo 61.6 del EBEP exija, para poder utilizar el concurso, la promulgación de una ley<sup>89</sup>, y solamen-

<sup>85</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 486.

<sup>86</sup> 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 Médicos Especialistas. La sentencia señala que el Real Decreto 2223/1984 establece el sistema de concurso de manera muy excepcional, y que la Disposición Adicional 6.ª de la Ley 30/1984 exige la superación de unas pruebas selectivas, de donde concluye 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».

<sup>87</sup> 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 sierva un teórico sin experiencia, que no podría formarse al lado de los veteranos, que son las razones dadas 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 de julio de 1994).

<sup>88</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 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., 1995, p. 72), MARTÍN REBOLLO, L., 2008, p. 13, y RAMÍO MATAS, C., 2007, pp. 1 y ss.

El Defensor del Pueblo ha destacado en su Recomendación 27/2004, que el concurso, 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».

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., 2005, p. 34).

<sup>89</sup> La exigencia de que el concurso se establezca por ley parece implicar la promulgación de una ley *ad hoc* para cada caso. Aunque la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, en su artículo 47 establece los casos en que cabe utilizarlo.

te en casos excepcionales<sup>90</sup>. Esta previsión se explica, según ciertos autores<sup>91</sup>, como la traducción normativa de la desconfianza que rodea a este sistema<sup>92</sup>.

Un buen ejemplo<sup>93</sup> 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 pública<sup>94</sup>, 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 (...). 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 (...). 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... (¿ehhhhhhhhh?). Legislación universitaria y otras disposiciones generales (¿ehhhhhhhhh?) Normativa propia de la Universidad. Legislación propia del ámbito de actuación (¿ehhhhhhhhh?).*

*(...) 2.ª Prueba. No eliminatoria. Realizar un test de capacidades y habilidades. Su resultado será “orientativo para el Tribunal”. 3.ª Prueba. 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*

---

<sup>90</sup> 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., 2008, p. 88).

<sup>91</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 94.

<sup>92</sup> Ver DEL SAZ CORDERO, S., 1995, pp. 72 y 73.

<sup>93</sup> 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).

<sup>94</sup> La convocatoria se publicó en el BOE n.º 236, de 30 de septiembre de 2011, p. 103337 y en el Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya n.º 5963, de 14 de septiembre de 2011, p. 48053.

*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 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 en su valoración, uso de la entrevista y elección discrecional de los miembros del órgano de selección.

Por otro lado, debe indicarse 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.

Finalmente, debe indicarse que en la configuración del baremo del concurso rigen las reglas y consideraciones expuestas en el apartado anterior de la presente obra al tratar de la fase de baremación en el sistema de concurso-oposición.

## 5. ACTUACIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 61.5 EBEP

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<sup>95</sup>. En cuanto a la superación de cursos y

---

<sup>95</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, p. 673. Aunque la lista de técnicas del artículo 61.5 parece una lista cerrada, lo cual, a juicio de CANTERO MARTÍNEZ, se compadece mal con la flexibilidad que demandan los sistemas selectivos modernos.

de períodos de prácticas, ello sí ha venido utilizándose tradicionalmente, así como también los reconocimientos médicos.

El resto de técnicas sí reviste un carácter más innovador, y 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 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».

En cuanto se refiere a la entrevista, ésta 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*. Así, destaca Pérez Luque<sup>96</sup> que en muchas ocasiones 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». 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»<sup>97</sup>.

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, Férrez Fernández<sup>98</sup> destaca que la entrevista se ha caracterizado por carecer de una regulación mínima y se ha visto desprestigiada por su incorrecto uso, presentando, problemas tales como ser hecha sin que esté formalmente constituido el tribunal calificador o la distribución de funciones entre sus miembros, sin haber acordado las preguntas y los criterios de valoración de las respuestas, o sin 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 consolide la arbitrariedad<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 469. En el mismo sentido, SOLANA PÉREZ, A., 2002, pp. 100 y ss.

<sup>97</sup> Informe del Defensor del Pueblo del año 2003, apartado 2.6.1, queja 02/1508.

<sup>98</sup> FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2007, p. 188.

<sup>99</sup> GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., REDA, pp. 519-554.

Como ejemplo muy representativo de los problemas que plantea el uso de la entrevista, puede citarse la queja n.º 9027533 del Informe del Defensor del Pueblo de 1991, en la que el Defensor del Pueblo consideró que en el desarrollo del proceso existió «predeterminación por parte del tribunal seleccionador del candidato a quien debería adjudicarse la plaza, y que finalmente fue seleccionado, en detrimento del mejor derecho de otro de los aspirantes, el promotor de la queja, cuyos méritos demostrados en las pruebas objetivas habían sido claramente superiores». En concreto, «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 le-

galidad 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 Martínez<sup>100</sup> son favorables al uso de la entrevista, especialmente la entrevista conductual estructurada<sup>101</sup>. 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 Pública 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.

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 aprio-

---

<sup>100</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, p. 675.

<sup>101</sup> Remitiéndose a GORRITI BONTIGUI, M., y LÓPEZ BASTERRA, J., 2009, y al estudio realizado en los puestos de jefatura de la Administración General vasca por GORRITI, M., SALGADO, J., y MOSCOS, S., en *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, pp. 151 y ss.

ristico, y en el que el 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 reguladoras<sup>102</sup>. 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», en realidad 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 Luque<sup>103</sup> que la publicidad de las entrevistas contribuiría a su objetividad.

---

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 464.

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 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 de diciembre de 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 Luque<sup>104</sup> que la entrevista, al tener un alto

---

<sup>104</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 468.

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 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 sería adoptar las siguientes medidas preventivas:

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 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 de noviembre de 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». Y se remite al criterio ya mantenido en otras sentencias, como las de 18 y 2 de marzo de 2011, de que «la calificación numérica asignada a un aspirante en un proceso selectivo no es motivación bastante cuando sea discutida por el interesado».

*c)* Limitar la incidencia de la entrevista en el proceso selectivo.

Sería preciso, en primer lugar, analizar en qué tipo de puestos es más adecuado utilizar la entrevista. 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 justificados, 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 en relación con el procedimiento selectivo global, de manera que la entrevista no se convierta en determinante del proceso selectivo <sup>105</sup>.

Por otro lado, en cuanto se refiere a los test psicotécnicos y psicológicos, la doctrina ha vertido las siguientes críticas:

– Los criterios para la elaboración y valoración de estas pruebas no siempre son científicamente pacíficos.

– 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.

Como indica Lessa Carvalho <sup>106</sup>, 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, Férrez Fernández destaca que en la valoración de las pruebas psicotécnicas se acostumbra a producir un oscurantismo que es incompatible con los principios de mérito y capacidad, siendo necesario 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» <sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> En este sentido, puede citarse la STS de 5 de octubre de 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».

<sup>106</sup> LINS DE LESSA CARVALHO, F., 2011, p. 245.

<sup>107</sup> FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2007, p. 287.

– Algunos consideran que no son un medio que conduzca a la demostración de los méritos y capacidad del aspirante, por no tratarse de pruebas de conocimientos<sup>108</sup>, pero los test psicotécnicos y psicológicos sí son necesarios en ciertos casos para valorar la capacidad o la aptitud, como es el caso de las pruebas psicológicas para el acceso a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

– Finalmente, 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 n.º 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. Las bases de la convocatoria preveían que el órgano de selección contratara a un psicólogo como asesor. Se realizó 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, el órgano de selección se limitó a asumir esa actuación, contando solamente con «un informe general totalmente anónimo», pero «nunca con la documentación valorativa individualizada de los aspirantes».

Además, se había acusado públicamente a la 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 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 3 de esta obra.

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 (por

---

<sup>108</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 338.

ejemplo, en el ATC 272/1998). Aunque, como indica Lessa Carvalho<sup>109</sup> 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.

En cuanto se refiere a la presentación de memorias, se trata de una prueba que no ofrece fiabilidad suficiente, por cuanto no hay constancia de que haya sido elaborada por el propio aspirante que la presenta, y además su valoración presenta un enorme margen de subjetividad. Por tanto, 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, así ha ocurrido en la práctica<sup>110</sup>, constituyendo un fraude y una desviación de poder. Por todo lo expuesto, debe concluirse que, 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, el legislador debería prohibirlas expresamente, para impedir su utilización.

Finalmente, en cuanto se refiere a los cursos selectivos y los períodos de formación práctica, se viene postulando la necesidad de darles mayor importancia<sup>111</sup> dentro del proceso selectivo<sup>112</sup>. Así, el 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.

---

<sup>109</sup> LINS DE LESSA CARVALHO, F., 2011, p. 247.

<sup>110</sup> 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., 2009, p. 121).

<sup>111</sup> Como ejemplo, ver lo expuesto por GIL CEBRIÁN, C., 2003, p. 79.

<sup>112</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 2003, p. 178, y CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, pp. 169 y ss.

Por su parte, en relación con la formación jurídica en Alemania, Moreu Carbonell<sup>113</sup> 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.

Una vez efectuadas las anteriores consideraciones sobre las pruebas complementarias del artículo 61.5 EBEP, deben efectuarse unas reflexiones sobre su peso. En primer lugar, 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<sup>114</sup>. De hecho, el 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, el tenor literal del EBEP no deja claro cuál es la exacta incidencia de estas otras pruebas en el proceso de selección, pues indica que «las

<sup>113</sup> MOREU CARBONELL, E., 2003, pp. 47 y ss.

<sup>114</sup> 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 la comprobación de conocimientos y la capacidad analítica, y en la segunda 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., 2009, p. 69).

*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, sí cabe concluir que el EBEP se refiere a que esas otras pruebas 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.

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.

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 364/1995<sup>115</sup> 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*

---

<sup>115</sup> 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.

*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». A pesar de ello, 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.

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, sería necesario que la ley estableciera 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 5 de esta obra). 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 3 de esta obra. 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<sup>116</sup>. 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 Zuloaga<sup>117</sup>, la actividad discrecional de la Administración es el terreno más apropiado para que se manifieste

---

<sup>116</sup> A este respecto, puede citarse la STS de 7 de noviembre de 2011, referida a un proceso selectivo de acceso a un Cuerpo de Policía autonómico, en el 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.

<sup>117</sup> CUADRADO ZULOAGA, D., AA, pp. 1 y ss.

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 <sup>118</sup>.

Sin perjuicio de que 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 <sup>119</sup>, existe una gran dificultad técnica 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 Loca-

---

<sup>118</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 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., 2011, p. 109).

<sup>119</sup> Pudiendo citarse sentencias del TS de 16 mayo de 1989, 19 de septiembre de 1994, 30 de noviembre de 1992 y de 26 de mayo de 1995. 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, 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 (pueden citarse las sentencias del TSJ de Cataluña de 18 de marzo de 2005 y la STS de 25 de abril de 2007). Sin embargo, en otras ocasiones, no se ha apreciado la existencia de desviación de poder, como es el caso de la STS de 10 de marzo de 2008 y de la STSJ de la Rioja de 17 de mayo de 2006.

les 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 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 1 de la presente obra) imponen que la ley efectivamente regule los límites sobre configuración de los procesos selectivos a los que se hace referencia en esta obra.

## 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, planteándose situaciones de incoherencia. 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 Pastor<sup>120</sup> planteaba ya en los años ochenta la posibilidad de «racionalizar las opciones selectivas, permitiendo a los aspirantes

---

<sup>120</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1986, pp. 4 y ss.

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».

El nacimiento de las Comunidades Autónomas y el desarrollo de la autonomía local han reproducido el fenómeno de fragmentación de los procesos 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 García <sup>121</sup> que se ha optado por que 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, Escuíñ Palop <sup>122</sup> aludía al excesivo fraccionamiento de los procesos selectivos y a una 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.

El fenómeno de fragmentación se aprecia especialmente en el ámbito del personal laboral y de los funcionarios propios de las Entidades Locales. Así, existen en España más de ocho mil Entidades Locales que aprueban su propia Oferta de empleo público y tramitan sus propios procesos selectivos, generando una enorme heterogeneidad de procesos selectivos y en el nivel de conocimientos exigidos. 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

---

<sup>121</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 150.

<sup>122</sup> ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, p. 157.

número de plazas, lo cual resulta poco operativo 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 constituye una restricción lesiva del derecho fundamental de los artículos 23.2 y 14 CE, porque se limita, de forma injustificada y desproporcionada, la posibilidad real de concurrir a los procesos selectivos, a pesar de tratarse de puestos de trabajo sustancialmente idénticos.

Esta situación no es desconocida para la doctrina. Así, ya Castillo Blanco<sup>123</sup> 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 permite a las Corporaciones Locales exigir distintos niveles de conocimiento, lo cual «producirá daños a los principios de igualdad y seguridad jurídica material»<sup>124</sup>.

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 2007<sup>125</sup>, destaca que «cuanto más especializada es la convocatoria, cuanto menos son las plazas a cubrir y cuanto más se desciende 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.

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 incor-

<sup>123</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 175.

<sup>124</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 319 y 335.

<sup>125</sup> Informe anual del Defensor del Pueblo de 2007, p. 1138.

porarse 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 Antolín <sup>126</sup> consideran que los principios del EBEP sobre selección de empleados públicos 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». 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 ha considerado que la externalización favorece los principios de eficacia, economía y racionalización <sup>127</sup>.

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 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

---

<sup>126</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 149.

<sup>127</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, pp. 3 y ss., y FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 149.

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 <sup>128</sup>.

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), 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 local <sup>129</sup>, 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 loca-

<sup>128</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 2003, p. 179, e ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 363.

<sup>129</sup> Puede verse un análisis general sobre la autonomía local en MORELL OCAÑA, L., *RGDA*, pp. 1-42.

les en la reglamentación de los baremos de los concursos de méritos para proveer las plazas de funcionarios locales de habilitación nacional <sup>130</sup>.

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. 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

---

<sup>130</sup> Así ocurre en la STC 235/2000.

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 Pascual<sup>131</sup> 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 la presente obra 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*.

Por su parte, señala Ferreira Fernández<sup>132</sup> 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

<sup>131</sup> SERRANO PASCUAL, A., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, p. 3133.

<sup>132</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 137.

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»<sup>133</sup>. Ahora bien, si se entiende como representantes de la Corporación los miembros electos de la misma, 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 de los procesos selectivos no formaría parte de esta autonomía.

De acuerdo con 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»<sup>134</sup>.

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 tam-

---

<sup>133</sup> P. 104.

<sup>134</sup> LLISSET BORREL, F., y GRALI ÁVILA, S., 1992 p. 177.

bién se han generado enormes problemas con el fenómeno denominado «endogamia universitaria»<sup>135</sup>.

Así, 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»<sup>136</sup>.

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 nacional, 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 Moreno<sup>137</sup>, constituía un auténtico cheque en blanco que permitía 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»<sup>138</sup>, prácticas todas éstas<sup>139</sup> contrarias al derecho funda-

---

<sup>135</sup> 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.

<sup>136</sup> BARNÉS VÁZQUEZ, J., *RATC*, pp. 67-94.

<sup>137</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 115.

<sup>138</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 121.

<sup>139</sup> Estas prácticas irregulares han sido detalladas por DEL SAZ CORDERO (DEL SAZ CORDERO, S., *RAP*, pp. 75-96).

mental del artículo 23.2 CE y que no pueden venir amparadas en la autonomía universitaria <sup>140</sup>.

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, Bercovitz <sup>141</sup> 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».

Pues bien, la normativa reguladora expuesta, en la parte de actuación que asigna a las Universidades <sup>142</sup>, 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 <sup>143</sup>, 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

---

<sup>140</sup> 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 LOEU» (MOREU CARBONELL, E., 2003, pp. 14 y 15).

<sup>141</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.

<sup>142</sup> Que ha generado la expuesta dosis de endogamia insoportable (SOSA WAGNER, F., «El mito de la autonomía universitaria», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 2005, pp. 74 y ss.).

<sup>143</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 87.

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 <sup>144</sup>.

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 concepción como derecho fundamental con que se configura a la autonomía universitaria, no excluye las limitaciones que al mismo imponen otros derechos fundamentales <sup>145</sup> (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». Y la STC 47/2005 concluye 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 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 el que la intervención de las Universidades sea mínima <sup>146</sup>.

Debe indicarse, sin embargo, que la doctrina del Tribunal Constitucional no parece permitir la reducción a mínimos de la intervención de las Universidades en los procesos selectivos del personal docente. Así resulta de la STC 87/2014, que analizó la constitucionalidad del artículo 18.2 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco, que, en relación con la selección de personal docente e investigador contratado de las Universidades vascas, dispone que «*la designación de los miembros de las comisiones de selección se hará en todos los puestos o plazas de carácter permanente mediante sorteo público, sobre una lista que contenga al menos un número tres veces mayor del número de componentes de la comisión en función de la disponibilidad vigente en el ámbito del conocimiento*». Se trataba de determinar si dicho artículo constituía una injerencia del legislativo vasco en el contenido

<sup>144</sup> SÁNCHEZ BLANCO, A., 1988, p. 593, en referencia a la opinión de Tomás Ramón FERNÁNDEZ.

<sup>145</sup> Ver también en este sentido FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 1982, pp. 60 y 61, y DEL SAZ CORDERO, S., *RAP*, p. 94.

<sup>146</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 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., 2007, p. 45).

esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria reconocido en el artículo 27.10 CE.

El Tribunal Constitucional señala en primer lugar que «queda claro que el contenido esencial del derecho fundamental a la autonomía universitaria supone, en principio, libertad de cada universidad para seleccionar su personal docente e investigador y, por ello, libertad para establecer el sistema general de designación de las comisiones que han de juzgar la provisión de las plazas. (...) La autonomía universitaria exige, por principio, que el proceso de contratación del personal docente corresponda a las universidades».

Sin embargo, añade que ello «no impide eventuales limitaciones que, sin afectar al principio, puedan preverse en la legislación de las Comunidades Autónomas en atención a la mejor satisfacción del servicio público de enseñanza universitaria cuya organización, como dijimos, en gran parte tienen encomendada». Y ello por cuanto es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho fundamental de autonomía universitaria puede verse limitado por las limitaciones propias del servicio público que desempeña la Universidad.

Ahora bien, como argumento a favor de la admisibilidad del sistema instaurado por la citada Ley vasca, la mencionada sentencia añade que dicha ley «mantiene una intensa intervención de las universidades en la selección de su profesorado contratado, cumpliéndose así con otras de las exigencias que nuestra doctrina impone para que una limitación al derecho fundamental a la autonomía universitaria sea constitucionalmente lícita (STC 156/1994, de 23 de mayo). En efecto, del régimen legal aplicable (...) resulta que será la universidad quien acuerde cuándo convoca una determinada plaza, quien establezca las bases reguladoras conforme a las que se adjudicará la misma y quien designe a los profesores que integren el ámbito dentro del cual se verificará el sorteo público que arrojará los concretos miembros de la comisión de selección. Constatamos, por tanto, que la normativa legal vigente prevé la participación de la universidad en la selección del profesorado contratado y que la contempla con una extensión que es suficiente para que pueda gestionar directamente sus intereses en la materia».

Lo expuesto en esta obra sobre eliminación del fraccionamiento de procesos selectivos 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 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 dependan (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 dependan, 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.

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 la ley debería establecer que, en general, su personal debieran tomarlo de los procesos selectivos tramitados por la Administración Pública de la que dependen.

Ésta 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.

En línea con lo expuesto, debe hacerse referencia a la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que, aunque no prevé la unificación de procesos selectivos, sí dispone en su artículo 99.5 que *«a efectos de facilitar la movilidad interadministrativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma y la cooperación en materia de selección de personal, el Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura, a propuesta del titular de la Consejería competente en materia de función pública y previo informe de la Comisión de Coordinación Interadministrativa de Función Pública de Extremadura, puede establecer pruebas homogéneas y temarios básicos que constituyan los contenidos mínimos correspondientes a los procesos selectivos de las respectivas Administraciones públicas de Extremadura»*. El objetivo de esta previsión es fomentar la movilidad interadministrativa, pero puede ayudar a los objetivos expuestos en esta obra.

## 8. LOS PROCESOS DE CONSOLIDACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO TEMPORAL

### 8.1 Introducción

Uno de los principales problemas que afectan a 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), que es analizada en el Capítulo 5 de esta obra. Aquí se estudiarán 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 rebajando las exigencias de mérito y capacidad, relativ-

zando el peso de las pruebas de conocimientos, y sobrevalorando los servicios prestados<sup>147</sup>.

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 «subjetiva 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»<sup>148</sup>.

Como indica Quintanilla Navarro<sup>149</sup>, los procesos de consolidación de empleo público temporal son procesos especiales fundamentados constitucionalmente en el derecho al trabajo, la estabilidad en el empleo (art. 35.1 CE) y la obtención del pleno empleo (art. 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, favoreciéndoles<sup>150</sup> (por ejemplo, valorando los servicios prestados). Por otra parte, los procesos restringidos en sentido estricto son aquellos en que se restringe el derecho a participar a aquéllos que tengan la condición de empleados precarios de la Administración convocante (interinos, contratados administrativos y laborales temporales)<sup>151</sup>.

Como indica Palomar Olmeda<sup>152</sup>, 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

<sup>147</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 76. 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 sindical.

<sup>148</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 90.

<sup>149</sup> QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., *AS*, pp. 35-43.

<sup>150</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2003, p. 112.

<sup>151</sup> Ver en este sentido las SSTC 151/1992, 302/1993 y 16/1998. Este mismo sentido es el empleado por BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 135.

<sup>152</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2003, p. 113.

todos los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad al empleo público. Como señala Sánchez Morón <sup>153</sup>, 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.

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 <sup>154</sup>.

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 tienen 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».

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 casos excepcionales muy justificados (como es el proceso irrepetible de con-

---

<sup>153</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *RAAP*, p. 118.

<sup>154</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 110 y 111. En la misma línea GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 1042.

solidación 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 son las denominadas «pruebas descafeinadas» que se utilizan en estos procesos selectivos, donde se reducen o eliminan las pruebas 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.

Así, el gran problema en la práctica es que las Administraciones Públicas, continuamente, están aumentando sus bolsas de interinos, provocando el fenómeno repetitivo<sup>155</sup> 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<sup>156</sup>.

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:

<sup>155</sup> Se trata del denominado efecto «bola de nieve» (PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 327).

<sup>156</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 117.

– 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) Los 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 irreplicable de creación de una nueva forma de organización de las Administraciones Públicas autonómicas, 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 <sup>157</sup>.

Otro supuesto de pruebas restringidas admitidas por el Tribunal Constitucional son 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» Este trato de favor «posee un carácter excepcional y deriva

---

<sup>157</sup> La sentencia fundamental en esta materia es la STC 27/1991, relativa a las pruebas restringidas previstas en la Disposición transitoria 6.ª de la ley andaluza 6/1985 y la Disposición Transitoria 9.ª de la Ley canaria 2/1987, que, con base en la Disposición Transitoria 6.ª 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. También puede verse la STC 60/1994.

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., 1986, p. 202).

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.

También la STC 130/2009 indica que los supuestos que ha admitido para legitimar procesos restringidos en sentido estricto son la creación de una nueva Administración y la necesidad de resolver la situación derivada de la imprescindible creación de un aparato administrativo en un ámbito concreto como el sanitario <sup>158</sup>.

## 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», «por una sola vez». Por ello, 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). La citada Administración ya había convocado 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, ade-

---

<sup>158</sup> Esta sentencia se refiere a la 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. 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 (...) 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».

más, deberá ser una ley estatal, pues las excepciones al sistema general de acceso a la Función Pública constituyen legislación básica. Así, en las SSTC 31/2006, 174/1998, 151/1992, y 302/1993, en las que se afirma que el artículo 19.1 de la Ley 30/1984<sup>159</sup> 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.

En todo caso, no cabe la integración directa, sino que es preciso tramitar el proceso selectivo, aunque sea restringido a un determinado colectivo<sup>160</sup>.

### 8.2.2 *Los procesos selectivos restringidos en sentido amplio: abiertos con valoración de servicios prestados*

El Tribunal Constitucional viene señalando que los principios de mérito y capacidad permiten valorar también la los servicios prestados a la Administración Pública (SSTC 67/1989 y 185/1994), pero sin que tal valoración 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).

Así pues, 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 existe una «desigualdad favorecedora del colectivo de los interinos» (STC 185/1994) o una «diferencia de trato» (STC 11/1996), pero la admite por responder a una finalidad constitucionalmente legítima, la de «de consolidar el empleo público temporal» (SSTC 107/2003 y STC 185/1994 entre otras). Además, impone un tope, que es no convertir al proceso en una prueba verdaderamente restringida y excluyente.

---

<sup>159</sup> Actualmente el EBEP.

<sup>160</sup> Ver PALOMAR OLMEDA, A., *AJA*, pp. 11-12.

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*<sup>161</sup> 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%)<sup>162</sup>.

Consciente del problema, 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 Pública 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 Pública convocante, supuesto admitido por la

---

<sup>161</sup> Pruebas restringidas *de facto* las denomina FONDEVILA ANTOLÍN (ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., JA, p. 56).

<sup>162</sup> Sin embargo, un 12,6% no parece un porcentaje muy relevante.

STC 12/1999<sup>163</sup>. Esta sentencia 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».

De lo expuesto parece desprenderse 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).

Incluso en ocasiones el Tribunal Constitucional ha admitido que se valore como mérito único los servicios prestados, si la finalidad era 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<sup>164</sup>.

Por otro lado, la citada sentencia 67/1989<sup>165</sup> 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 extremaña 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 insal-

---

<sup>163</sup> 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».

<sup>164</sup> Así, las SSTC 67/1989 107/2003.

<sup>165</sup> También en otras, como la 11/1996.

vable que impida el acceso a la función pública de quienes no han prestado servicios previamente en la Administración.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional (entre otras, en las SSTC 67/1989 y 93/1995) ha rechazado, por ser contrario a los principios de mérito y capacidad, 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»).

A modo de resumen, puede citarse 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 (es decir, restringidos en sentido amplio):

- 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 debería haber 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 Ortega <sup>166</sup> considera que la invocación al principio de eficacia de la Administración Pública 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.

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 solamente con ocasión de los procesos restringidos en sentido estricto. 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. Como ejemplo pueden citarse las SSTC 185/1994 y 12/1999.

Y es que, como indica Fondevila Antolín <sup>167</sup>, los procesos de consolidación de empleo público temporal han adoptado dos formas, concurso-oposición libre y proceso restringido en sentido estricto, 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 Pública 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

---

<sup>166</sup> RIVERO ORTEGA, R., *RAP*, p. 348. En esta misma línea, ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 246.

<sup>167</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., *JA*, pp. 56 y 57.

mismas causas excepcionales que a juicio del Tribunal Constitucional habilitaron los procesos restringidos en sentido estricto o cerrados.

Por otro lado, ya se ha indicado 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 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».

También puede citarse el caso admitido por la STC 12/1999<sup>168</sup>, 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 Morón<sup>169</sup>, es 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 inadmisiblemente 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 4.<sup>a</sup> 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 in-

---

<sup>168</sup> Relativa a la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León.

<sup>169</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., *RAAP*, p. 123.

terinidad que 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»<sup>170</sup>. Debe recordarse 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 4.<sup>a</sup> 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 competencia con base en méritos y capacidad. El no efectuar esta distinción resulta inconstitucional.

En relación con esta situación, Martín-Retortillo Baquer<sup>171</sup> 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 *spoils 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 *spoils system*: el cese libre por decisión del nuevo partido político gobernante.

### 8.3 La normativa estatal sobre procesos de consolidación de empleo público 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 respues-

---

<sup>170</sup> 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 con digna 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».

<sup>171</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., 2000, pp. 38 y 39.

ta a las grandes bolsas de empleo que se iban generando en función del devenir de los hechos de forma caótica. Debe hacerse referencia en primer lugar al Real Decreto-ley 22/1977, de 20 de marzo, y especialmente a la Disposición Transitoria 6.<sup>a</sup> 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). En el ámbito local se dictó la Disposición Transitoria 8.<sup>a</sup> 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. Destaca también el artículo 39 de la Ley 50/1998.

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».

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 vengán 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 4.<sup>a</sup> 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 organiza-

ciones sindicales más representativas (UGT, CC OO y CSI-CSIF) el 21 de septiembre de 2004<sup>172</sup>. 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<sup>173</sup>. Por tanto, esta 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 justificaciones adicionales.

Así, 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

---

<sup>172</sup> 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 actualmente está en el 8%, como indica la doctrina (SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARETA MARTÍNEZ, M., PALOMAR OLMEDA, A., y SEMPERE NAVARRO, A. V., 2009, p. 1141).

<sup>173</sup> 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., 2011, p. 854).

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)<sup>174</sup>.

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 (DT 6.ª 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»<sup>175</sup>.

Por otro lado, la citada Disposición Transitoria 4.ª se remite a los apartados 1 y 3 del artículo 61 EBEP, que establecen que:

*«1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto<sup>176</sup> y garantizarán la libre concurrencia, sin perjuicio de lo establecido para la promoción inter-*

<sup>174</sup> MAURI MAJÓS, J., «Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas», *QDL*, 2009.

<sup>175</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., *JA*, p. 55, y 2008, p. 209. En este mismo sentido, indica RODRÍGUEZ-ARANA que, teniendo en cuenta la doctrina de la única vez o de la 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., *AA*, pp. 260-280).

<sup>176</sup> 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 art. 61 EBEP) (LÁZARO, J. L., 2008, p. 677). En cambio, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, sí reconoce expresamente a la libre concurrencia como uno de los principios que deben respetar los procesos selectivos, en su artículo 88.2.

*na 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 Morón<sup>177</sup>, esta remisión al citado artículo 61 implica que las pruebas deben ser abiertas y que el sistema selectivo será el concurso-oposición<sup>178</sup>. 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. Asimismo, 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.

En todo caso, los principios de mérito y capacidad exigen que la fase de oposición no sea una mera apariencia. A tales efectos, la ley debería 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 debería prohibir que la fase de oposición pueda consistir en una memoria o en una entrevista.

Además, la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> 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 puesto de trabajo ofertado que en otros puestos análogos pero que no sean los ofertados, lo cual, a juicio de Sánchez Morón<sup>179</sup> 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

---

<sup>177</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F. A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., 2008, p. 415.

<sup>178</sup> En igual sentido, CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 96.

<sup>179</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., CASTILLO BLANCO, F. A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., 2007, p. 415.

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 se ha 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 definitiva, lo más respetuoso con los principios de mérito y capacidad sería derogar este apartado de la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>

En todo caso, la situación con la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> 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 la presente obra, no queda asegurada, por lo que continúa abierta la posibilidad del fraude mediante las denominadas «pruebas descafeinadas».

Además, la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup> 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. Incluso lo más adecuado a los principios de mérito y capacidad sería suprimir la mencionada regla sobre contenido de las pruebas contenida en la citada Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>

En conjunto, 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 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<sup>180</sup>.

También indica Puerta Seguido<sup>181</sup> 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, se puede 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»<sup>182</sup>.

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. 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 imprecisión de las normas jurídicas que la han venido regulando, lo cual ha provocado que la doctrina reclame «un marco jurídico claro y preciso»<sup>183</sup>.

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

---

<sup>180</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., 2008, p. 88.

<sup>181</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 327.

<sup>182</sup> BOLTAINA BOSCH, X., *Revista CEMCI*, pp. 1-28.

<sup>183</sup> BOLTAINA BOSCH, X., *Revista CEMCI*, pp. 1-28.

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. 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 15.<sup>a</sup> de la Ley 30/1984<sup>184</sup>, 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 funcionarios<sup>185</sup>, podría 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»*.

Debido a que la citada Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> 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<sup>186</sup>.

---

<sup>184</sup> 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...*, p. 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.

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> Pueden verse las SSTs de 23 de febrero de 2009 y 10 de marzo de 2008. También la STC 38/2004.

Por otro lado, la funcionarización solamente estaba regulada en la Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> 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 ley<sup>187</sup>, que sí tiene carácter básico, aunque otros entienden que no tiene tal carácter básico<sup>188</sup>. 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 que el Estado para la funcionarización, entendiendo la doctrina mayoritaria que tienen competencia para regular los procesos de funcionarización<sup>189</sup>. En todo caso, concluyó Boltaina Bosch<sup>190</sup>, 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<sup>191</sup>, que en este caso era que la generalidad de los empleos públicos estuvieran cubiertos por funcionarios, según la Ley 30/1984.

La Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> 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 locales<sup>192</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo, en 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, la doctrina venía reclamando que la legislación básica regulara el fenómeno, para dar un soporte más claro y concreto a todas las Administraciones Públicas<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> Así el Dictamen de 30 de junio de 1994 del Consejo de Estado.

<sup>188</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 62.

<sup>189</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 75.

<sup>190</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 73.

<sup>191</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado en sentencia de 12 de febrero de 2007 que «esas características de excepcionalidad, con fines legítimos, concurrían 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».

<sup>192</sup> PÉREZ LUQUE, A., 1999, p. 99, ENDEMAÑO AROSTEGUI, J. M., *REALA*, pp. 374 y ss., y COSTA CASTELLÁ, E., *Boletín de personal*, Gestión Local Aranzadi, pp. 4 y ss.

<sup>193</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 75.

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 4<sup>194</sup>, la que permitía a los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas convocar pruebas específicas de acceso para los contratados administrativos que tuvieran dicha condición antes del 15 de marzo de 1984<sup>195</sup>.

Más recientemente, la STC 111/2014 ha declarado la inconstitucionalidad de la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra, por vulnerar la reserva de ley que rige en materia de acceso al empleo público (derivada de los artículos 23.2, 53.1 y 103.3 CE), ya que dicha Ley acaba estableciendo que el procedimiento de funcionarización será el que reglamentariamente se determine. Y señala que «en la Ley del estatuto básico del empleado público queda por tanto excluida en todo caso la integración automática, pues incluso en el régimen excepcional y transitorio se exige la superación de un proceso selectivo, si bien en el seno del mismo cabe hacer valoración de los servicios prestados y de las pruebas selectivas previamente superadas».

El antedicho régimen de acceso a la función pública es formalmente básico (disposición final primera LEEP). Este Tribunal ha analizado extensamente sus precedentes normativos (art. 19 y disposición transitoria sexta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública), señalando el carácter materialmente básico tanto de la regla que garantiza que las convocatorias tienen que ser con carácter general abiertas o libres, re-

---

<sup>194</sup> Dicha Disposición Transitoria 6.ª 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».

<sup>195</sup> 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 15.ª 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.

chazando los llamados turnos u oposiciones restringidas, como de las excepciones a dicha regla general, que participan de la misma naturaleza básica (STC 174/1998, de 23 de julio, FJ 4, y las allí citadas; en el mismo sentido, STC 38/2004, de 11 de marzo, FJ 3). Las mismas razones abonan el carácter materialmente básico de las vigentes normas de la Ley del estatuto básico del empleado público, según hemos confirmado en la STC 113/2010, de 24 de noviembre, FJ 3.

En cuanto a su aplicación a Navarra en el marco específico establecido por el art. 49.1.b) LORAFNA, la disposición adicional tercera LEEP establece su aplicación “a la Comunidad Foral de Navarra en los términos establecidos en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> 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”. Como ya hemos expuesto, esto significa que las normas básicas, para ser aplicables en la Comunidad Foral, deben referirse a “derechos y obligaciones esenciales”. Debemos añadir ahora que, en los denominados procesos de funcionarización, la exigencia de superación de un proceso selectivo y la correlativa proscripción de la integración automática constituyen parte de ese núcleo esencial del estatuto de los funcionarios públicos, pues estamos ante “una cuestión que conecta con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas y con los principios constitucionales que deben integrarlo” (STC 113/2010, FJ 3)».

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 15.<sup>a</sup> 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, existiendo la finalidad legítima 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». Sin embargo, entiendo 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.

Dado que los procesos de funcionarización son procesos restringidos, deben respetar los requisitos de la jurisprudencia constitucional. Así, en primer lugar, debe existir una situación excepcional que acredite la irrepetibilidad del proceso, que en este caso era la adscripción de numerosos puestos laborales al personal funcionario por la Ley 23/1988<sup>196</sup>. En segundo lugar, 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<sup>197</sup>.

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 han señalado las SSTC 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 Bosch<sup>198</sup> entienden que las singularidades derivadas del derecho foral no pueden atentar contra los artículos 14 y 23.2 CE.

De hecho, la STC 111/2014 sí ha declarado la inconstitucionalidad de la Ley Foral 19/2013, de 29 de mayo, por la que se autoriza la apertura de un nuevo proceso de funcionarización de las Administraciones públicas de Navarra, por establecer un proceso de incorporación directa del personal a la condición de funcionario. Así, la citada sentencia señala que «el art. 23.2, en rela-

<sup>196</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 158, y también el ATC 177/1999 y la STS de 20 de junio de 1996.

<sup>197</sup> P. 161.

<sup>198</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2005, p. 393, y *Revista Jurídica de Navarra*, pp. 57-90.

ción con el 103.3 CE, veda toda restricción injustificada de las condiciones de acceso, a lo que se opone la integración automática de determinados grupos en la función pública [SSTC 302/1993, de 21 de octubre, 73/1998, FJ 3 a), y 103/2009, FJ 3]. En términos de la STC 302/1993, “[e]s patente que el mandato de integración automática, sin efectuar pruebas objetivas de reclutamiento, aunque fueran específicas o de turno restringido, traspasa los límites impuestos, para la racionalización de las Administraciones públicas, en la Disposición transitoria sexta de la Ley de Medidas de la Función Pública, que permite convocar ‘pruebas específicas’ en ciertos casos y con las limitaciones temporales allí señaladas, pero en modo alguno habilita a una integración automática que erija la antigüedad de los servicios prestados a la Administración en título único y excluyente de otros que legitime el acceso a la función pública, precepto legal que, como se dijo en la reseñada STC 151/1992, posee carácter básico en cuanto configura una excepción a la regla general recogida en el art. 19.1 de la Ley para el reclutamiento de los funcionarios por pruebas públicas, libres y objetivas” (FJ 3).

[...]

En consecuencia, hemos de declarar que los arts. 2 a 6 de la Ley Foral 19/2013 son inconstitucionales y nulos al configurar un proceso de integración automática que resulta proscrito tanto por los arts. 23.2 y 103.3 CE como por el régimen jurídico que define, por un lado, la regla general y, por otro, la modalidad excepcional y transitoria para el acceso a la función pública en la Ley del estatuto básico del empleado público. Como ha quedado expuesto, la nota común a las distintas modalidades de acceso admisibles es la exigencia de un proceso selectivo, que precisamente por su engarce con los citados preceptos constitucionales, hemos calificado de esencial a efectos de lo establecido en el art. 49.1 b) LORAFNA, y por tanto aplicable a la Comunidad Foral de Navarra».

Los procesos de funcionarización se han caracterizado también por la rebaja del rigor de las pruebas de conocimientos técnicos, e incluso su supresión. Así, *de facto* algunos casos constituyen 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<sup>199</sup>.

En lo referente al sistema selectivo de los procesos de funcionarización, la Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> de la Ley 30/1984 solamente establecía que se valorarían los servicios prestados como personal laboral y las pruebas selecti-

---

<sup>199</sup> BOLTAÍNA BOSCH, X., 2005, p. 393. 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.

vas superadas para acceder a la condición de laboral fijo, lo cual implicaba que no se tramitarían oposiciones sino, a lo sumo, concurso-oposición, incluso concursos. En cuanto a la fase de oposición en los procesos de funcionarización, siguiendo a Boltaina Bosch, puede concluirse que 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. Incluso las pruebas de conocimientos son sustituidas por la presentación de una memoria o trabajo, convirtiendo la fase de oposición en un «mero trámite administrativo sin mayor dificultad»<sup>200</sup>.

Además, en muchos casos se incorpora la entrevista, con una puntuación muy relevante, y se convalidan los ejercicios teóricos y prácticos con los ya superados para acceder a la condición de personal laboral, aunque 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<sup>201</sup>. Sin embargo, la convalidación de ejercicios debe admitirse si el nivel de exigencia en las pruebas iniciales fue el mismo. También suelen convalidarse las pruebas por cursos de formación, los cuales suelen superarse con criterios muy generosos<sup>202</sup>, lo cual ha sido considerado inconstitucional por gran parte de la doctrina<sup>203</sup> e incluso por Organismos consultivos de las Comunidades Autónomas y la propia Abogacía del Estado en el caso de la Ley asturiana 4/1996<sup>204</sup>.

En cuanto a la fase de concurso, la Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> 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 con-

<sup>200</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, pp. 358 y ss.

<sup>201</sup> En contra de esta convalidación se pronuncia el Dictamen 84/1998 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, sobre el anteproyecto de modificación de la Ley 3/1988.

<sup>202</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 394.

<sup>203</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 370.

<sup>204</sup> 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.

vocatorias no alcanzaron dicho máximo. En esta misma línea se han situado las Comunidades Autónomas<sup>205</sup>. Incluso autores como Boltaina Bosch<sup>206</sup> han entendido que en el caso de los procesos de funcionarización cabe superar ese 45% y atribuir una puntuación distinta a los servicios prestados según que se presten o no en la Administración Pública convocante.

Debe destacarse que 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 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)<sup>207</sup>. Este procedimiento fraudulento ha sido denunciado especialmente en el ámbito de los Entes Locales<sup>208</sup>. 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<sup>209</sup>. Incluso la funcionarización se ha extendido a puestos de trabajo que no están reservados por la ley al personal funcionario, e incluso a puestos de trabajo reservados *ex lege* al personal laboral<sup>210</sup>. En estos casos no cabe acudir a la Disposición Transitoria 15.<sup>a</sup> de la Ley 30/1984, por no tratarse de un caso excepcional<sup>211</sup>.

Por su parte, el EBEP<sup>212</sup> ha reconocido también la figura de la funcionarización del personal laboral, admitiéndola expresamente para todas las Administraciones Públicas y estableciendo alguna norma (aunque totalmente insufi-

---

<sup>205</sup> BOLTAINA BOSCH, X, 2005, p. 374.

<sup>206</sup> BOSCH, X, 2005, p. 377 y 378.

<sup>207</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., 2000, p. 40.

<sup>208</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 169.

<sup>209</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 1997, p. 142.

<sup>210</sup> P. 142.

<sup>211</sup> ROQUETA BUJ, R., 2000, p. 159. Así lo ha entendido 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 (desde auxiliares administrativos hasta personal de oficios) quedaran transformados en plazas de funcionarios, y aprobó un proceso de funcionarización. La sentencia concluye que, como vía excepcional, la funcionarización solo afecta a los puestos que a partir de la Ley 23/1988 necesariamente tenían que ser funcionariales, pero no a los que la Ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral».

<sup>212</sup> 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.

ciente) con carácter de legislación básica. 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 EBEP, por lo que el límite temporal referido a la Ley 23/1988 se amplía hasta el 13 de mayo de 2007<sup>213</sup>. 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 en exclusiva. Esto significaría entonces que el EBEP legitima las prácticas irregulares de las Administraciones Públicas, que no pueden contratar personal laboral cuando las funciones a desempeñar ya están reservadas por ley al personal funcionario.

La funcionarización, al ser una excepción al carácter abierto de los procesos selectivos y a las exigencias de conocimientos y de mérito y capacidad, sólo es constitucionalmente admisible si se refiere a situaciones anteriores al cambio de la legislación vigente. Y el 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.

---

<sup>213</sup> 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.

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<sup>214</sup>.

Por otro lado, 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, además, procede declarar la nulidad de tales contratos laborales, por haber sido celebrados para realizar funciones reservadas al personal funcionario.

Por ello, la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> EBEP es inconstitucional, y debería ser modificada en el sentido de habilitar la funcionarización solamente en los 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.

La Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> 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. Esto es más favorable a los principios de mérito y capacidad, mereciendo una valoración positiva<sup>215</sup>, al intentar el legislador también evitar situaciones de agravio comparativo entre ambos colectivos. Ahora bien, el carácter restringido y excepcional de la funcionarización sólo permite una promoción interna horizontal, no una promoción vertical para acceder a Grupos funcionariales superiores al Grupo laboral de permanencia del participante<sup>216</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina ha destacado que los procesos de funcionarización se refieren a personal laboral que accedió a dicha condición en virtud de meros concursos de méritos o incluso por la simple conversión de un contrato temporal en fijo<sup>217</sup>, por lo que no parece coherente aplicarle procesos

---

<sup>214</sup> En este sentido, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., 2009, p. 180).

<sup>215</sup> Aunque algún autor, como BOLTAÍNA BOSCH considera un error la imposición de la promoción interna para la funcionarización (BOLTAÍNA BOSCH, X., 2008, p. 211).

<sup>216</sup> BOLTAÍNA BOSCH, X., *Revista CEMCI*, pp. 1-28.

<sup>217</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 145.

de promoción interna para funcionarizarse, cuando no ha superado con el mismo rigor que los propios funcionarios los procesos de acceso inicial. Además, la doctrina no es unánime acerca de si los laborales fijos afectados por la funcionarización y los funcionarios concurren conjuntamente al proceso de promoción interna (Cantero Martínez<sup>218</sup>), o si son procesos de promoción interna separados (Sempere Navarro y Areta Martínez<sup>219</sup>).

Por otro lado, la mayoría de la doctrina<sup>220</sup> entiende que la funcionarización no puede beneficiar al personal laboral indefinido no fijo, por no ser personal fijo. 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 15.<sup>a</sup>, establece que los puestos de trabajo ocupados por personal laboral indefinido no fijo serán cubiertos por los procedimientos reglamentarios. Sin embargo, el Tribunal Supremo en sentencia 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. Lo expuesto hace aún más necesario que el EBEP pase a disponer expresamente que los procesos de funcionarización no pueden alcanzar a los laborales fijos indefinidos, a los que se deberá aplicar lo dispuesto en la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo, dado que la funcionarización es un remedio excepcional, justificado para el caso de que la ley asigne las funciones al personal funcionario, debe entenderse que procede sólo cuando esta asignación sea en exclusiva. Por ello, el EBP también debería disponer expresamente 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.

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 com-

---

<sup>218</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 91.

<sup>219</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARETA MARTÍNEZ, M., 2009, p. 1136.

<sup>220</sup> BOLTAINA BOSCH, X., *Revista CEMCI*, pp. 1-28.

## ■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

promiso 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 15.<sup>a</sup> de la Ley 30/1984. Es más, el EBEP continúa dándoles cobertura legal por medio de su Disposición Transitoria Segunda.

### CAPÍTULO 3

## LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN: ESPECIALIZACIÓN TÉCNICA E IMPARCIALIDAD

#### 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 empleos públicos<sup>1</sup>, porque, si no se asegura que dichos órganos sean imparciales y especializados, no será posible garantizar que la selección se realice exclusivamente sobre la base de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Como indica Sevilla Merino<sup>2</sup>, de esta cuestión depende «la bondad del sistema»<sup>3</sup>.

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

---

<sup>1</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 100, y FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 100.

<sup>2</sup> SEVILLA MERINO, I., 2002, p., 726.

<sup>3</sup> 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., 2012, p. 76).

en la selección de los empleados públicos<sup>4</sup>, ya 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»<sup>5</sup>.

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 de selección *de facto* en un auténtico «poder absoluto» e indiscutido<sup>6</sup>. En efecto, numerosas resoluciones judiciales e incluso el propio Tribunal Constitucional vienen reconociendo que los órganos judiciales no pueden entrar a analizar las decisiones de los órganos de selección, fundamentadas en la denominada discrecionalidad técnica<sup>7</sup>.

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 (en sentencias como la 34/1995) ha señalado que precisamente lo que permite confiar en la discrecionalidad técnica no revisable de los órganos de selección es su objetividad e imparcialidad.

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<sup>8</sup>.

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<sup>9</sup>. Es cierto que

---

<sup>4</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 136 y ss.

<sup>5</sup> SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1986, pp. 4 y ss.

<sup>6</sup> En este sentido, ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 28.

<sup>7</sup> Así, la STC 353/1993 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.»

<sup>8</sup> En este sentido, FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 97.

<sup>9</sup> Como indica CASTILLO BLANCO, es preciso establecer las garantías para salvaguardar los principios enunciados por la ley (CASTILLO BLANCO, F. A., 2003, p. 180).

el EBEP, en su artículo 60, supone un avance en la cuestión, pero resulta insuficiente, como a continuación se expone<sup>10</sup>.

Por su parte, 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 las SSTC 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 conocimientos a que se refería la Cátedra, y que ello vulneraba el derecho del artículo 23.2 CE.

El Tribunal Constitucional 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»<sup>11</sup>.

Por tanto, el Tribunal Constitucional exige capacitación técnica de los miembros de las comisiones de selección. Ahora bien, no profundiza o concre-

---

<sup>10</sup> 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 la presente obra. 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.

<sup>11</sup> Ver en el mismo sentido las SSTC 215/1991 y 174/1996.

ta mucho más, aunque sí se hacen referencias más concretas en el caso del profesorado universitario, exigiendo, en las SSTC 26/1987 y 215/1991, que en la designación de los miembros de las Comisiones de los concursos para proveer plazas del Profesorado universitario exista «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».

También en la STC 235/2000 se refiere a la «necesidad de que el acceso a las funciones y cargos públicos se haga de acuerdo con los principios de mérito y capacidad», remitiéndose a las SSTC 75 y 85/1983, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 215/1991, 353/1993 y 174/1996, reiterando que debe tratarse de «órganos calificadores compuestos por personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia de cada función o cargo». 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».

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, derivados del derecho fundamental del que tratamos.

Sin embargo, las SSTC 174/1996 y 235/2000 indican que la composición de las Comisiones o Tribunales de valoración no ha de venir necesariamente prevista en norma con rango de ley. 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.

Por su parte, 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 (art. 23.2 CE) y el tratamiento común para todos los españoles (art. 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»<sup>12</sup>.

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 si-

---

<sup>12</sup> 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.

quiera tuvo el carácter de básico. Esto da una idea del trato legislativo que han recibido los 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.

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 que figuren en la ley, pero, para asegurar su efectividad real, es preciso que la ley contenga también previsiones de mayor concreción que eviten la arbitrariedad o desviación de poder. Tales previsiones concretas y específicas no existen suficientemente 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*»<sup>13</sup>.

Como puede observarse, el EBEP no aclara expresamente cuál es el procedimiento para elegir y designar a los miembros de los órganos de selección, por lo que no se asegura efectivamente que los designados sean realmente imparciales y especializados. Podría argumentarse que el EBEP tiene carácter de legislación básica, lo cual le impide alcanzar una exhaustividad tal que impida a las Comunidades Autónomas realizar un desarrollo normativo de tales

---

<sup>13</sup> 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.

previsiones. Sin embargo, el EBEP podría haberse extendido más sin lesionar esta facultad autonómica. Y, en todo caso, los mecanismos concretos que se proponen en esta obra deberían ser asumidos por el legislador, ya sea estatal o autonómico.

En todo caso, el propio EBEP presenta lagunas importantes, destacando la falta de aplicación del artículo 60 a los órganos de selección de las sociedades y fundaciones del Sector Público, respecto de los cuales sólo establece la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> EBEP que les resulta aplicable el artículo 55.2.c) EBEP. Por tanto, el EBEP ni siquiera aplica a estos Entes (que son Sector Público) la elemental regla sobre personas excluidas para formar parte de los órganos de selección.

En definitiva, el requisito de imparcialidad y especialización técnica de los órganos de selección es pacífico en la doctrina<sup>14</sup>, siendo lo problemático determinar la concreción de dicha exigencia. 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. Sin embargo, es necesario que la ley establezca una serie de mecanismos concretos que aseguren su efectiva vigencia<sup>15</sup>.

Como indica Fondevila Antolín<sup>16</sup>, 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 seria tela de juicio, debido a los favoritismos cometidos.

## 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»*.

---

<sup>14</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 100, ALEGRE ÁVILA, J. M., *RVAP*, pp. 9-38, e ILDEFONSO HUERTAS, R. M., *JA*, pp. 28 y 33 y ss.

<sup>15</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 382, y VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 107.

<sup>16</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 121.

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 Escuin Palop<sup>17</sup>, su objeto es paliar la situación histórica de

---

<sup>17</sup> ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, pp. 167 y ss.

corporativismo y la endogamia provocada por el control de los procesos selectivos por los propios Cuerpos de Funcionarios. Por su parte, Martín Moreno<sup>18</sup> considera imprescindible la aplicación de esta regla al proceso de selección de docentes en la Universidad, por entender que la 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 reitera 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.

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, el Real Decreto no establece ninguna previsión concreta. Pero el hecho de que los miembros del órgano de selección sean funcionarios con especialización técnica no garantiza completamente su imparcialidad, ya que son libremente elegidos por el Poder Ejecutivo. Y esta forma de designación de los integrantes de los órganos de selección no es compatible con el principio de imparcialidad. Así, un funcio-

---

<sup>18</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, p. 12.

nario puede ser elegido por su afinidad política o personal con la autoridad que convoca el proceso selectivo.

### 2.3 Legislación autonómica

En general, la mayoría de las leyes autonómicas son muy parcas en la materia, remitiéndose al nivel reglamentario, con la consiguiente deslegalización de la materia y la merma de las garantías de los ciudadanos. Incluso algunas leyes autonómicas ni siquiera establecen expresamente los principios de imparcialidad y de especialización técnica. Además, al tratarse, en su mayoría, de leyes anteriores al EBEP, recogen previsiones contrarias al mismo, tales como la designación o propuesta de miembros de los órganos de selección por las organizaciones sindicales. Finalmente, dichas leyes autonómicas poco añaden a las reglas que la normativa estatal ya establecía para la Administración General del Estado (en la Ley 30/1984 y el Real Decreto 365/1995).

Sí puede destacarse que alguna normativa autonómica exige la especialización de los miembros del órgano de selección en la misma área de conocimientos a que se refieren los puestos convocados. Así, la exigen para todos los miembros Andalucía<sup>19</sup> y Madrid<sup>20</sup>, para tres miembros Aragón, y para la mitad más uno de los miembros, Asturias<sup>21</sup>, Madrid y Murcia<sup>22</sup>. Por otro lado, algunas Comunidades Autónomas permiten que los miembros de los órganos de selección no sean funcionarios (Andalucía y Madrid).

Son pocas las leyes autonómicas que se han dictado tras la entrada en vigor del EBEP. En cuanto a la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, debe indicarse que 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 cate-

---

<sup>19</sup> Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de Ordenación de la Función Pública de la Junta de Andalucía.

<sup>20</sup> Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid.

<sup>21</sup> 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.

<sup>22</sup> 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,

gorías 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.

En cuanto a Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, recoge pocas novedades más allá de lo dispuesto en el propio 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».*

## 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 los funcionarios locales con habilitación nacional, el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (introducido por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local) establece solamente que *«la aprobación de la oferta de empleo público, selección, formación y habilitación de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional corresponde al Estado, a través del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, conforme a las bases y programas aprobados reglamentariamente»*<sup>23</sup>.

En cuanto se refiere a los funcionarios propios de los Entes Locales, 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 estos funcionarios, 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»*<sup>24</sup>. Y 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,

---

<sup>23</sup> En relación con la citada Ley 27/2013, puede verse SÁNCHEZ MORÓN, M., *Anuario del Gobierno Local*, pp. 67-88.

<sup>24</sup> 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 (art. 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., 2002, p. 726).

según se expone posteriormente. Y tales previsiones reglamentarias, por inconstitucionales e ilegales, son radicalmente nulas y, por tanto, resultan inaplicables por los órganos judiciales (en virtud del art. 6 LOPJ), así como procedería que el propio Estado declarara la nulidad de oficio<sup>25</sup>.

## 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.

En cuanto se refiere al personal docente funcionario de las Universidades, no es objeto de estudio específico en esta obra, 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 acreditaciones<sup>26</sup>. 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

---

<sup>25</sup> SEVILLA MERINO, I., 2002, p. 3136.

<sup>26</sup> 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)». 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 (...) no garantiza que las solicitudes de los profesores de Derecho civil sean informadas por expertos de Derecho civil» (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>).

posible aquí analizar la evolución de estos órganos, pero sí puede indicarse que las vulneraciones de los principios de mérito y capacidad 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 años<sup>27</sup> 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»<sup>28</sup>. Sobre la Ley Orgánica 11/1983 de Reforma Universitaria (LORU), Soriano<sup>29</sup> 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».

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 (arts. 35 a 39 de la LORU)<sup>30</sup>.

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».

---

<sup>27</sup> En referencia a la LORU.

<sup>28</sup> PÉREZ DÍAZ, V., *Claves de Razón Práctica*, pp. 22-29.

<sup>29</sup> SORIANO, J. E., diario ABC, 19 de enero de 2006.

<sup>30</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 1997, pp. 119 y 120.

En desarrollo de dicha ley, el Real Decreto 774/2002<sup>31</sup> 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*» (art. 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 autores<sup>32</sup> 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 1312/2007<sup>33</sup> 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.

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»<sup>34</sup>. 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 adicional-

---

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.

<sup>33</sup> Real Decreto 1312/2007, de 5 de octubre, por el que se establece la acreditación nacional para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios.

<sup>34</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.

mente 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*». 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 inadmisibile 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)<sup>35</sup>.

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 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-Cano<sup>36</sup> 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

---

<sup>35</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 15.

<sup>36</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., 2009, <http://www.congresoderechocivil.es/index.php/ponencias/39-ponencia-4/81-acreditaciones-definitivo>.

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».

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»* (art. 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 miembros<sup>37</sup>, añadiendo finalmente que se harían públi-

---

<sup>37</sup> 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*

cos 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<sup>38</sup>. 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<sup>39</sup>.

Parte de la doctrina concluye que las Comisiones de valoración deberían estar formadas en su mayoría por personas ajenas al Departamento respecto

---

*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.

<sup>38</sup> Sí prevé el citado Real Decreto (art. 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.

<sup>39</sup> Puede citarse la STS de 19 de noviembre de 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 [art. 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».

del cual se convoca la plaza<sup>40</sup>. 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 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

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, realizando finalmente propuestas de *lege ferenda* que mejoren la garantía de los mencionados principios. 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:

---

<sup>40</sup> MONROY ANTÓN, A., AA, pp. 488-495.

– 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<sup>41</sup>.

### 3.1 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 hace referencia al nivel de titulación, a la titulación en la materia a que se refiere el proceso selectivo, y al desempeño de funciones similares a las plazas objeto del proceso selectivo.

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»<sup>42</sup>. Esta previsión

---

<sup>41</sup> Aún en el caso de que se aplicasen las reglas sobre sorteo expuestas en la presente obra, que impedirían la constitución de órganos de selección *ad personam*, es posible 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.

<sup>42</sup> 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 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 896/1991 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

ha sido, lógicamente, considerada inconstitucional por la mayoría de la doctrina. De hecho, Ferreira Fernández<sup>43</sup> destaca las principales irregularidades de dicho Decreto: en primer lugar, 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 lesiona el principio de especialización técnica.

En segundo lugar, 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».

En primer lugar, es evidente que la totalidad de los miembros debe tener titulación de igual o superior nivel a la exigida para el ingreso en los Cuerpos o categorías convocados.

Refiriéndonos a la normativa estatal como paradigma histórico, debe indicarse que el Real Decreto 2223/1984<sup>44</sup> 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 sólo concreta el primer requisito, y 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, 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

---

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.

<sup>43</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 138.

<sup>44</sup> Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre.

Jurídico<sup>45</sup>. Esta reducción del nivel de exigencia de especialización ha sido criticada por la doctrina<sup>46</sup>.

Así, Ferreira Fernández<sup>47</sup> ha señalado 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»<sup>48</sup>.

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 Fernández<sup>49</sup> 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»<sup>50</sup>.

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 locales sin habilitación nacional, 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 titulación<sup>51</sup>.

Además, Ildfonso Huertas<sup>52</sup> recuerda que la dicción del Real Decreto 364/1995 no aclaraba si una persona que desempeña un puesto de inferior categoría a los convocados podría formar parte del órgano selectivo si dicha per-

<sup>45</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 467. Ver también MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 47.

<sup>46</sup> En la misma línea, CASTILLO BLANCO, F. A., e ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2003, pp. 1 y ss.

<sup>47</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., 1999, p. 421.

<sup>48</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 131.

<sup>49</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 140.

<sup>50</sup> Ver VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 103, PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 466 y ss., y FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 140.

<sup>51</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 468.

<sup>52</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 385.

sona tenía titulación igual o superior a la exigida para ocupar el puesto convocado<sup>53</sup>. El problema ya se había planteado con el Real Decreto 2223/1984, habiendo señalado el Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de 29 de mayo de 1989 que era correcta 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»<sup>54</sup>.

Por su parte, Pérez Luque<sup>55</sup> 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<sup>56</sup>. Concepto éste que, a su juicio, equivale con el de «competencia científica» a que se refiere el Tribunal Constitucional.

En definitiva, 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. Por tanto, la ley debería disponer expresamente que no podrán formar parte del órgano de selección personas con empleo público de inferior Grupo o categoría a los empleos objeto del proceso selectivo.

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

---

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> MARTÍN REBOLLO, L., 1990, p. 1 ss.

<sup>55</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 466.

<sup>56</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 469.

también experiencia como evaluador o seleccionador<sup>57</sup>. Así, Sánchez Morón<sup>58</sup> 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 Huertas<sup>59</sup> y Férrez Fernández<sup>60</sup> 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»<sup>61</sup>.

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 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<sup>62</sup>.

Debe hacerse también referencia a que parte de la doctrina entiende 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»<sup>63</sup>.

---

<sup>57</sup> FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 1997, p. 61, e ILDEFONSO HUERTAS, R. M., *JA*, p. 51.

<sup>58</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, pp. 406 y ss.

<sup>59</sup> ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 382.

<sup>60</sup> FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 1997, pp. 61 y ss.

<sup>61</sup> 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., *RVAP*, pp. 255-272).

<sup>62</sup> LÁZARO, J. L., 2008, p. 693. También en esta línea, MAURI MAJÓS, J., pp. 7-23.

<sup>63</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, p. 157, y ILDEFONSO HUERTAS, R. M., *JA*, pp. 25-52, y FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 1997, p. 53.

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.

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 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<sup>64</sup>.

### 3.2 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<sup>65</sup>. Y es que la especialización de los miembros del órgano de selección no implica necesariamente su objetividad e imparcialidad. 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»<sup>66</sup>. 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»<sup>67</sup>.

Sin embargo, una vez más, el EBEP establece los principios, pero no los concreta, pues se limita a establecer la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección, sin añadir ningún mecanismo concreto tendente a salva-

---

<sup>64</sup> A esta cuestión ya se ha aludido al tratar de la excesiva fragmentación de los procesos selectivos, en el Capítulo 2 de esta obra.

<sup>65</sup> Ver FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., 1999, pp. 419 y ss.

<sup>66</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 447.

<sup>67</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 107.

guardar 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.

Ya en su momento Sánchez Morón<sup>68</sup> criticó a la Ley 30/1984 el hecho de no haber introducido directamente la prohibición de que formen parte de los órganos de selección representantes políticos, miembros de los sindicatos y de los partidos políticos. Añade este autor<sup>69</sup> que, en el ámbito de la Administración General del Estado, esta omisión quedó subsanada en el Real Decreto 364/1995, que dispuso que los miembros de los órganos de selección deben estar formados por funcionarios, aunque esta previsión no es suficiente, por cuanto un funcionario puede ser nombrado como miembro de un órgano de selección a propuesta de un sindicato 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 personal

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 136 y ss.

<sup>69</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 136 y ss.

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 se ha indicado, 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 se expondrá, 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 Ávila<sup>70</sup> entiende que el principio de imparcialidad no impide que las comisiones selectivas «puedan ser designadas por los correspondientes órganos políticos», siempre que se dé «la presencia en las comisiones juzgadoras de técnicos o expertos». Sin embargo, 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 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<sup>71</sup>.

De acuerdo con lo expuesto, 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.

### 3.2.1 *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, incluidos los altos cargos.

---

<sup>70</sup> ALEGRE ÁVILA, J. M., *RVAP*, p. 13.

<sup>71</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 100.

- 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 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 o privados del Sector Público.
  - Las personas que actúen en representación o por cuenta de alguien.
  - Los representantes de otras Administraciones Públicas.
  - Asimismo, deben existir ciertas normas sobre anticorporativismo.

Las exclusiones enumeradas vienen impuestas por la lógica jurídica, porque son la consecuencia inexorable que se deriva del significado de la imparcialidad. Sin embargo, la normativa tradicionalmente no las ha recogido, y el actual artículo 60 del EBEP es insuficiente. Se analizan a continuación los supuestos enunciados.

#### 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 Antolín<sup>72</sup>, el artículo 60 tuvo su origen en los graves problemas de clientelismo político y personal que se habían dado en el ámbito de la Administración Local. En efecto, ya se ha indicado que el Real Decreto 896/1991 establecía que en los órganos de selección de los funcionarios propios de los Entes Locales actuaba como Presidente el Presidente de la Corporación y que la composición de los órganos de selección solo debía ser «predominantemente» técnica. Este tipo de normas ha quedado derogado por el artículo 60.2 EBEP<sup>73</sup>, sin perjuicio de que ya eran inaplicables por ser

<sup>72</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 130.

<sup>73</sup> También en este sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, p. 215, y SERRANO FERRER, M.ª E., <http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>. Ver también FERREIRA FER-

inconstitucionales. En esta misma línea cabe citar a Fondevila Antolín<sup>74</sup>, 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 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 autores como Serrano Pascual<sup>75</sup>, 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.

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 Senado<sup>76</sup> 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

---

NÁNDEZ, A. J., 1999, p. 424, y SERRANO PASCUAL, A., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 3132 y ss.

<sup>74</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 130.

<sup>75</sup> SERRANO PASCUAL, A., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 3132 y ss.

<sup>76</sup> 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.

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 Antolín<sup>77</sup> 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 de gestión de la selección de personal<sup>78</sup>, 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 Ferrer<sup>79</sup>, 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»*<sup>80</sup>. 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

<sup>77</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 137.

<sup>78</sup> D'ANJOU GONZÁLEZ, J., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 2414 y ss.

<sup>79</sup> SERRANO FERRER, M.<sup>ª</sup> E., <http://www.administracionpublica.com/content/view/309/58/>.

<sup>80</sup> SOTO MIRONES, P., <http://www.cositalcantabria.org/phpBB2/viewtopic.php?t=277&highlight=>.

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».

Debe destacarse también que alguna ley autonómica excluye no solamente a quienes son cargos electos, sino también a quienes lo han sido. Así, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, ha dispuesto en su artículo 97 la exclusión de «*el personal que desempeñe cargos de elección o de designación política o los haya desempeñado en los últimos dos años*».

## 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 interpretación, porque, a diferencia del personal de elección política, la ley no define aquel concepto. En todo caso, puede entenderse que se trata de las personas que son discrecionalmente nombradas por el poder político para desempeñar un cargo, pudiendo entenderse incluidos aquí los altos cargos<sup>81</sup>, en la medida en que son designados libremente por su afiliación política<sup>82</sup>. 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<sup>83</sup>. La medida coadyuva a asegurar la imparcialidad.

En cambio, se entiende que la expresión «personal de designación política» no se refiere al personal funcionario nombrado por libre designación<sup>84</sup>. 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 funciona-

---

<sup>81</sup> ROMERO ALONSO, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, p. 1887.

<sup>82</sup> En la misma línea, CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 168.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> ROMERO ALONSO, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 1887, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, p. 215.

rios con habilitación de carácter estatal, ya que 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 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. 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 cargos<sup>85</sup>.

### C) El personal eventual

El personal eventual sí ha quedado excluido expresamente por el artículo 60.2 EBEP, que, como indica Sánchez Morón<sup>86</sup>, responde a la necesidad de evitar interferencias políticas, pues el nombramiento de este personal se

---

<sup>85</sup> 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 de julio de 1995.

<sup>86</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 407.

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<sup>87</sup>. 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. Para mayor claridad, el EBEP debería haber 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

Ha sido 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 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 fa-

---

<sup>87</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 139, y *JA*, p. 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».

cultad de elegir o influir en la elección de ningún miembro de los órganos de selección<sup>88</sup>.

En todo caso, no es ésta la argumentación que viene exponiéndose por la doctrina en general, sino que la exclusión se fundamenta en 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.

Sin embargo, dicha exclusión no figura expresamente en el artículo 60 EBEP, que en su apartado 2 sólo excluye explícitamente al «*personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual*», disponiendo también en su apartado 3 que «*la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie*».

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 EBEP<sup>89</sup>, 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

---

<sup>88</sup> Así lo entiende MOLINA GARCÍA respecto de los órganos de selección del personal laboral (MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 202). Ver también FONDEVILA ANTOLÍN, J., *JA*, p. 66.

<sup>89</sup> En el mismo sentido FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 140.

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 n.º 173 y 174<sup>90</sup>, 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 n.º 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 parte, el Grupo parlamentario de Esquerra Republicana propuso, en la enmienda n.º 200, la supresión íntegra del artículo 60.3 EBEP.

Posteriormente, en la fase del Senado, el Bloque Nacionalista Galego<sup>91</sup> 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<sup>92</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina<sup>93</sup> considera que, aunque la redacción final del EBEP no excluye expresamente la presencia de representantes sindicales en los órganos de selección, el artículo 60.3 EBEP lo excluye, al disponer que «*la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie*». Esta interpretación se ve reforzada en relación sistemática con el 61.7 EBEP, que prevé solamente formas de colaboración de los sindicatos en el desarrollo de los procesos selectivos, no en los órganos

---

<sup>90</sup> Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, n.º A-94-9, de 24 de noviembre de 2006.

<sup>91</sup> Enmienda n.º 7, Boletín Oficial del Senado, Serie II, n.º 85 (d), de 21 de febrero de 2007.

<sup>92</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M., 2009, p. 151.

<sup>93</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 407, FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 137, RAMOS MORGUES, F., Revista de Jurisprudencia, pp. 1 y ss. y GIL PLANA, J., REL, p. 30.

de selección, así como se deriva del principio de imparcialidad establecido por el EBEP<sup>94</sup>.

En esta línea, 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»<sup>95</sup>.

Aunque, en todo caso, Fondevila Antolín<sup>96</sup> 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 la presente obra. Y además, 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 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

<sup>94</sup> SALA FRANCO, T., [www.uv.es/ugt/doc/mesneg/.../informeuveg.pdf](http://www.uv.es/ugt/doc/mesneg/.../informeuveg.pdf).

<sup>95</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2011, p. 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., 2011, p. 165).

<sup>96</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 143.

admiten que los sindicatos propongan miembros, ya que no los estarían nombrando o designando, ni éstos actuarían en representación de los sindicatos <sup>97</sup>, sino a título individual y no sometidos a las consignas de éstos.

A este respecto, 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.

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».

Por esa misma regla de tres, no sería necesaria la exclusión de ninguno de los colectivos a que se refiere el artículo 60.2 EBEP, 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.

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».

La falta de claridad 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 ser objeto de reforma 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

---

<sup>97</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., 2008, p. 608, y ALFONSO MELLADO, C., *RDS*, pp. 205 y ss.

sindicales. Asimismo, La STS de 8 de noviembre de 2012<sup>98</sup> ha destacado que los Colegios Profesionales no pueden designar miembros de los órganos de selección.

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, ello se fundamenta en que 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<sup>99</sup>. 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<sup>100</sup>.

Como consecuencia de todo lo expuesto, cualquier cláusula convencional que reconozca a los representantes de los trabajadores (ya sean sindicales o

---

<sup>98</sup> 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 facultativo especialista designado por el Colegio Profesional que corresponda. El TS declara derogada esta norma por el artículo 60.3 EBEP.

<sup>99</sup> MAURI MAJÓS, J., *QDL*, pp. 7-23.

<sup>100</sup> NIEVES NIETO, N., *RMTI*, pp. 47-76, y GOÑI SEIN, J. L., 2009, pp. 1 y ss.

unitarios) la facultad de estar representados, 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<sup>101</sup>. 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 o propongan 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 ni proponer 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

---

<sup>101</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 407, GIL PLANA, J., *REL*, pp. 10-38, y SALVADOR LA-GUARDA, R., *AJA*, p. 7.

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.»

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 los empleados públicos, a quienes se les impide intervenir en calidad de representantes en los tribunales de selección»<sup>102</sup>.

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<sup>103</sup>. Sin embargo, 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 de los apartados 2 y 3 del artículo 60 EBEP, ni las 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 el EBEP no cita expresamente esta exclusión, aunque es causa de abstención y recusación de acuerdo con la Ley 30/1992. 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*». Es una previsión acertada, porque evita interpretaciones y evita la exigen-

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2011, p. 165.

<sup>103</sup> ROMERO ALONSO, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2010, pp. 1878-1903.

cia de la prueba sobre la relación del preparador con los aspirantes concretos, prueba que resulta de gran dificultad práctica.

En todo caso, puede entenderse 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<sup>104</sup>. En este sentido, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, ciñe más adecuadamente al ámbito de la prohibición, pues solamente 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*».

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*<sup>105</sup>, *los órganos de selección podrán estar formados mayoritariamente por funcionarios pertenecientes al mismo Cuerpo que se ha de seleccionar*». Esta previsión se recoge también en numerosas leyes autonómicas. Au-

---

<sup>104</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2000, p. 301, y FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, p. 129.

<sup>105</sup> Sin embargo, 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» (MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 44).

tores como Garrido Falla<sup>106</sup>, 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 capacidad<sup>107</sup>. 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<sup>108</sup>.

El EBEP no establece expresamente la citada regla anticorporativista, pero para salvaguardar el principio de imparcialidad, parece conveniente que las leyes estatales o autonómicas, según los casos, prevean que en el órgano de selección no más de la mitad de los miembros pertenezcan al Cuerpo funcional o categoría laboral convocada, pudiendo completarse el resto de miembros con personas pertenecientes a Cuerpos o categorías homólogos pero de otras Administraciones Públicas o Entes del Sector Público.

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 Pública de tamaño reducido que convoca el proceso selectivo. Por tanto, en los casos de Cuerpos o Categorías con pocos efectivos, la 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 Públicas. 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.

---

<sup>106</sup> GARRIDO FALLA, F., 1985, p. 76

<sup>107</sup> También SANTAMARÍA PASTOR indica que los problemas de imparcialidad no se resuelven introduciendo el pluralismo corporativo en los órganos de selección (SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1986, pp. 2 y ss.)

<sup>108</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 472, y ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, pp. 167 y ss.

## J) El personal directivo

Plantea Fondevila Antolín<sup>109</sup> la cuestión de si el personal directivo también debe quedar excluido de los órganos de selección, entendiendo que este personal no está incluido en ninguna de las clases de personal definidas en el 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 Públicas, 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<sup>110</sup>.

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

---

<sup>109</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 139.

<sup>110</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 145, y SOTO MIRONES, P., <http://www.cositalcantabria.org/phpBB2/viewtopic.php?t=277&highlight=>.

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».

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».

Pero, 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 de dicho órgano, lo cual implica, entre otras cosas, la técnica del sorteo para designarlos.

### 3.2.2 *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 selección. Han de someterse a los límites normativos impuestos sobre la com-

posición de dicho órgano, pero, como se ha visto, estos límites se refieren a las exigencias de cualificación técnica y a ciertas exclusiones, pero a partir de ahí, la designación es libre<sup>111</sup>.

Esta situación puede afectar gravemente a la imparcialidad de los miembros del órgano de selección. Solamente el sorteo, e incluso la externalización de los miembros del órgano de selección, puede garantizar la imparcialidad<sup>112</sup>. 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»<sup>113</sup>.

Así, no es suficiente con que las personas elegidas libremente por la Administración Pública o Ente convocante reúnan el requisito de la especialización técnica, porque especialización e imparcialidad no son conceptos equivalentes; 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.

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 posible si la designación de los miembros del órgano de selección queda desvinculada de la Autoridad que convoca el proceso selectivo. Y esto sólo puede ocurrir a través de la técnica del sorteo o insaculación.

Para salvaguardar la imparcialidad en la generalidad de los procedimientos administrativos, 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

---

<sup>111</sup> Como indica PÉREZ LUQUE, 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) (PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 456).

<sup>112</sup> 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., 2009, p. 67).

<sup>113</sup> ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J., 2007, p. 492.

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.

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.

Además, no se trata solo de que las relaciones tan directas que se definen en la Ley 30/1992 como causas de abstención no concurran entre los miembros del órgano de selección y los aspirantes, sino de que no concurran 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 de 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 arts. 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.

De acuerdo con lo expuesto, se exponen a continuación las técnicas que podrían resultar más adecuadas para asegurar el nombramiento imparcial de los miembros de los órganos de selección.

#### a) El sorteo

La técnica más adecuada para asegurar la imparcialidad de los miembros de los órganos de selección es la del sorteo o insaculación (sin perjuicio de que se mantiene la obligación de abstención si en alguno de los designados por el sorteo concurrieran causas de abstención, así como la posibilidad de recusarlo).

De hecho, la técnica del sorteo para asegurar la imparcialidad de la persona actuante no es desconocida por nuestro Ordenamiento Jurídico, sino que viene establecido en varios supuestos, pudiendo citarse, como ejemplo paradigmático, 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 presiden-

tes, que son nombrados libremente por el órgano convocante) serán designados por sorteo<sup>114</sup>.

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 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.

Debe destacarse también que la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, sí ha introducido expresamente la técnica del sorteo, disponiendo en su artículo 97 que *«en todo caso los vocales deberán ser designados por sorteo, sin perjuicio de que las personas seleccionadas deban poseer la capacitación, competencia y preparación adecuadas»*<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> 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.

<sup>115</sup> Sin embargo, debe indicarse que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional no ha considerado que la técnica del sorteo sea inherente a la garantía de los principios de mérito y capacidad. En efecto, en la STC 87/2014, analizó la constitucionalidad del art. 18.2 de la Ley 3/2004, de 25 de febrero, del Sistema Universitario Vasco, que, en relación con la selección de personal docente e investigador contratado de las Universidades vascas, dispone que *«la designación de los miembros de las comisiones de selección se hará en todos los puestos o plazas de carácter permanente mediante sorteo público, sobre una lista que contenga al menos un número tres veces mayor del número de componentes de la comisión en función de la disponibilidad vigente en el ámbito del conocimiento»*. La citada sentencia señala que la legitimidad de dicho artículo que impone la designación por sorteo *«tampoco se puede justificar constitucionalmente por resultar necesaria para garantizar el derecho a acceder a la docencia en condiciones de igualdad proclamado en el art. 23.2 CE y, en una formulación más genérica, en el art. 14 CE»*, porque tanto la LORU como

Además, sería necesario abrir a todos los funcionarios la posibilidad de acceder a la condición de miembros de los órganos de selección, de modo que no solamente sean miembros los funcionarios pertenecientes a determinados círculos ideológicos o de amistad<sup>116</sup>. Aunque eso sí, asegurando que los funcionarios elegidos por sorteo tengan un nivel de conocimientos suficientes para intervenir en dichos procesos selectivos<sup>117</sup>.

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, 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. A tales efectos, la propia Administración Pública o Ente convocante puede ser la encargada de configurar la lista, 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 el 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, pues se acudirá al Registro de Personal correspondiente. En cuanto a los miembros del órgano de selección que deban ser empleados públicos de otras Administraciones Públicas, también se acudirá al censo de personal oficialmente configurado en esas Administraciones Públicas.

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

---

la LOU, establecen que, para todo tipo de concursos, la selección se efectuará con respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad».

<sup>116</sup> 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., 2006, p. 36).

<sup>117</sup> SANTAMARÍA PASTOR se refiere a la «designación por sorteo, o por turno, de los miembros de los Tribunales entre un colectivo de funcionarios previamente seleccionados (p. ej., por el Consejo Superior de Función Pública) entre quienes lo soliciten y acrediten un grado de especialización en materias concretas (SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 1986, pp. 4 y ss.).

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 estas listas de profesionales podrían 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, debería 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.

Existirían, en definitiva, unas bases de datos en cada Administración Pública, formadas de forma objetiva y conforme a las reglas expuestas, que, además, resultarían aplicables tanto a los órganos de selección constituidos *ad hoc* para procedimientos selectivos concretos, como a los órganos de selección denominados permanentes, constituidos para la tramitación de plurales procesos selectivos.

b) 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 autonómico, 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 Luque<sup>118</sup> 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 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 éstos o 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

---

<sup>118</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 460.

o tenga una relación de trabajo con la Corporación Local. Por tanto, la citada «externalización» 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 o 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 o 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, deberían de regir para los Organismos Públicos y para los Entes Privados del Sector Público.

En línea con lo expuesto, debe destacarse también que la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, ha dispuesto en su artículo 97 que *«reglamentariamente podrán determinarse aquellos cuerpos, escalas, especialidades o agrupaciones profesionales en los que al menos un miembro de los órganos de selección deba pertenecer a una Administración distinta de la convocante, salvo en las administraciones locales, en las que obligatoriamente un miembro de los órganos de selección deberá pertenecer a una administración distinta de la convocante»*.

c) 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 2 de la presente obra 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 dichos 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 Antolín<sup>119</sup> 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. Por todo ello, esta externalización no debería de tener carácter voluntario, sino obligatorio.

Además, 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 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 que convoca.

Así, resulta necesario homogeneizar y centralizar (aunque sea a nivel autonómico) los procesos selectivos para los Cuerpos funcionariales y categorías 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 o categoría, 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 2 de esta obra.

---

<sup>119</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 149.

### 3.2.3 *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. Pero, como señala Puerta Seguido, 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»<sup>120</sup>.

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 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. Incluso 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<sup>121</sup>. 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 responsable de algún delito o falta, siempre que la denuncia o acusación hubie-

<sup>120</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 187.

<sup>121</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 48.

ran 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 de noviembre de 1997, que señala que «la existencia de relaciones laborales como funcionariales 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». 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.

Otro caso es el analizado por la STS de 28 de mayo de 2010, en la que el actor denunciaba que el Presidente y un vocal del órgano de selección eran funcionarios de la misma unidad administrativa que un aspirante aprobado. El Tribunal Supremo señala que se trata de meras especulaciones, y que 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. Y añade que el recurrente no aporta pruebas de las supuestas irregularidades.

Por otro lado, la figura de la abstención y la recusación implica la necesidad de publicar nominativamente quiénes son los miembros del órgano de selección, para que los aspirantes puedan conocer quiénes son efectivamente los miembros del Tribunal, siendo insuficientes las expresiones habitualmente utilizadas de «concejal o persona en quien delegue»<sup>122</sup>. Y debe publicarse 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 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, a los que era muy probable que hubiera filtrado parte de las preguntas del examen. La sentencia, con base en el principio de conservación de los actos administrativos, concluye que no procedía anular los ejercicios realizados por los otros aspirantes no vinculados con aquel miembro. Este razonamiento es adecuado si se trataba de un tipo test, pero no si se trataba de otro tipo de pruebas con mayor margen de apreciación.

---

<sup>122</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 480.

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.

### 3.2.4 *El momento de 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.

Indica Pérez Luque<sup>123</sup> que el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado, aprobado por el Real Decreto 2223/1984, estableció que el nombramiento se realizaba en la Or-

---

<sup>123</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 459.

den de cada convocatoria, lo cual facilitó 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.

### 3.3 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». Por tanto, el principio de publicidad de los miembros de los órganos de selección, «dado su carácter de mínimos, debiera ser considerado como básico»<sup>124</sup>. Además, la publicidad debe efectuarse en la propia convocatoria, es decir, desde el inicio del proceso selectivo, ya que si no se hace en ese mismo momento, difícilmente podrán los interesados fiscalizar las actuaciones de un órgano del que se desconoce su composición<sup>125</sup>.

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, «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 procedi-

<sup>124</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., RGAP, p. 127.

<sup>125</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., RGAP, p. 103.

mientos 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». En segundo lugar a 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»<sup>126</sup>. 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 sobre los miembros de los órganos de selección debe incluir su identidad (nombre y apellidos) y 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.

### 3.4 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<sup>127</sup>. Al respecto, destaca Fondevila Antolín<sup>128</sup> 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

---

<sup>126</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., RGAP, p. 132.

<sup>127</sup> 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., 2001, p. 454).

<sup>128</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 122.

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.

### 3.5 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 o instrucciones de ningún tipo<sup>129</sup>. 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.

### 3.6 Órganos de selección *ad hoc* y órganos de selección permanentes

Como indica Pérez Luque<sup>130</sup>, 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.

---

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2011, p. 168.

<sup>130</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 449.

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 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*».

### 3.7 El secretario del órgano de selección

La doctrina se ha planteado qué condiciones cabe exigir al Secretario del órgano de selección. Al respecto, Castillo Blanco<sup>131</sup>, 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 Luque<sup>132</sup> 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 la Ley 7/1985). 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.

---

<sup>131</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, pp. 1 y ss.

<sup>132</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 457.

### 3.8 Los expertos que colaboran con el órgano de selección

La mayoría de las regulaciones sobre procesos selectivos permiten a los órganos de selección servirse de expertos técnicos para asesorarles. Esta regla se ha justificado especialmente en aquellos casos en que la norma no exige la especialización de todos los miembros del órgano de selección en el mismo área de conocimientos a que se refiere el procedimiento de selección, como es el caso del Real Decreto 364/1995<sup>133</sup>. Pero constituye un contrasentido, puesto que, si el órgano de selección está compuesto de especialistas, no tiene sentido que consulte con expertos externos. Si hace falta un experto, lo que hay que hacer es designarlo como miembro del órgano de selección y, en este caso, también se le 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 u otras especialidades. 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, por lo que 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. 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 este tipo de 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 de mayo de 2011, referida a un concurso-oposición para cubrir cinco 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 (...), 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 anóni-

---

<sup>133</sup> FERREIRA FERNÁNDEZ, A. J., *RGAP*, pp. 131 y 132.

mos, identificados por números, revelándose la autoría una vez que el Tribunal había adoptado la decisión de declarar aptos o no a los aspirantes, 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 mediante la técnica de la insaculación o sorteo.

### 3.9 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 Local<sup>134</sup>, 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 potestades públicas». Esta afirmación es de gran relevancia para la composición de los órganos de selección, porque impone que ésta sea exclusivamente funcionarial, 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.

### 3.10 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 se-

---

<sup>134</sup> [http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion\\_publica/estatutobasico/criterios.html](http://www.seap.minhap.gob.es/es/areas/funcion_publica/estatutobasico/criterios.html).

lección si se trata de una regulación general, no concreta. Debe reiterarse aquí lo ya expuesto en el Capítulo 1, 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 funcionarial. Por ello, la regulación de los órganos de selección debería quedar sustraída a la negociación colectiva <sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> 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 4

### LA SELECCIÓN DEL PERSONAL LABORAL FIJO

#### 1. NORMATIVA DEFICIENTE

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 laboral ha experimentado un aumento meteórico<sup>1</sup>. 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 funcional, 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%<sup>2</sup>. 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

---

<sup>1</sup> 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., 1995, pp. 1 y ss.).

<sup>2</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2006, pp. 14 y 15.

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 huida del Derecho Administrativo, tal y como se expone en el Capítulo 7 de esta obra.

La doctrina ha expuesto diversas razones que explican este fenómeno de laboralización<sup>3</sup>, pero una de las más determinantes es, sin duda, el menor rigor 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<sup>4</sup>. 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 Blanco<sup>5</sup>, «la contratación de laborales ha sido un expediente al servicio del clientelismo, a falta de suficientes garantías de objetividad»<sup>6</sup>.

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<sup>7</sup>. Esto ha dado lugar a la generación de bolsas de personal laboral temporal que

---

<sup>3</sup> 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., 2003, p. 207). También RODRÍGUEZ ÁLVAREZ entiende que la fuerte laboralización se debe a que los Entes 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 funcionarial. 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*, pp. 271-286).

<sup>4</sup> 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., 2012, p. 86). Puede verse también ROMÁN RIECHMANN, C., SÁNCHEZ MORÓN, M., y VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J., 2007, p. 488.

<sup>5</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., *REDA*, pp. 187-218.

<sup>6</sup> 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., 2009, p. 710).

<sup>7</sup> 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., 1998, p. 82). Añade que «la conjunción de los estacionamientos abiertos por la normativa en vigor (...) posibilita un uso desvirtuado y, eventualmente, incluso fraudulento en la contratación de laborales, abriendo una de las zonas más oscuras del acceso a los empleos públicos» (RUANO RODRÍGUEZ, L., 1998, pp. 82 y 83).

han acabado adquiriendo fijeza sin suficiente vigencia de los principios de mérito y capacidad, mediante la funcionarización o la celebración de procesos selectivos restringidos de consolidación de empleo temporal con sobrevaloración de los servicios prestados.

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<sup>8</sup>.

A todo ello debe añadirse que en el ámbito de la contratación laboral irrumpe 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 1 de esta obra.

A este respecto, señala Gil Plana<sup>9</sup> 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».

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 sis-

<sup>8</sup> Figura reconocida a nivel legal por la Disposición Adicional 15.ª del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>9</sup> GIL PLANA, J., *REL*, pp. 11 y 12, RIVERO LAMAS, J, 2004, p. 27, SOSA WAGNER, F., 1999, p. 136, y PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 677. Ver también la Recomendación 27/2004 del Defensor del Pueblo.

temas 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».

Así, el fraude en el acceso al empleo público por la vía laboral se integra de lo siguiente:

– En primer lugar, se produce una huida 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 huida 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 huida.

– 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:

– 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, sin superar ningún proceso selectivo.

– 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, e incluso a través de procedimientos de funcionarización.

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<sup>10</sup>. En el Capítulo 1 de esta obra se ha hecho

---

<sup>10</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *REDA*, pp. 419-444.

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<sup>11</sup>.

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 *«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<sup>12</sup>, el régimen de la función pública y el laboral *«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 huida del Derecho Público que permitiese concertar relaciones ajenas a los principios de mérito y capacidad»*<sup>13</sup>. A esta realidad alude también el propio Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> ROJO TORRECILLA, E., 2001, p. 87.

<sup>12</sup> SOSA WAGNER, F., diario *El Mundo*, de 20 de septiembre de 2007.

<sup>13</sup> PUERTA SEGUIDO, F., pp. 397 y 398. Ver también PARADA VÁZQUEZ, J. R., 2007, pp. 77 y ss., SÁNCHEZ MORÓN, M., 1984, pp. 669 y ss., VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 29, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, pp. 143 y ss.

<sup>14</sup> *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP*, 2005, p. 89.

Y es que tradicionalmente el sistema de ingreso de los laborales en la Administración Local ha sido el de contratación directa, estando presente 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<sup>15</sup>. Tras la Constitución, dicha Ley 30/1984, con carácter básico, estableció 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<sup>16</sup>.

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<sup>17</sup>. Por tanto, a nivel de principios, existe una equiparación legal entre el personal laboral y el personal funcionario<sup>18</sup>. Sin embargo, como ha demostrado la práctica, no es suficiente con consagrar expresamente la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad<sup>19</sup>, 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.

Así, el artículo 61 EBEP establece importantes diferencias entre personal laboral y funcionario, respecto de los procesos selectivos. En efecto, 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 prela-

---

<sup>15</sup> Puede citarse a NIETO GARCÍA, A., *REDA*, pp. 567-583 y ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, pp. 107 y ss.

<sup>16</sup> Ver PARADA VÁZQUEZ, J. R., 2007, pp. 63, 87 y 137, y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *RAP*, pp. 25-68.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> Ver GIL PLANA, J., *REL*, p. 21.

<sup>19</sup> Ver también BAUZÁ MARTORELL, F. J., 2001, p. 212.

ción. 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.

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<sup>20</sup>, que el Real Decreto 364/1995 estableció simplemente que «*los sistemas selectivos serán la oposición, el concurso-oposición y el concurso*»<sup>21</sup>. 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<sup>22</sup>. 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 Luque<sup>23</sup> 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 de hecho utilizado para camuflar nombramientos directos, en la

<sup>20</sup> Ver GRAU MORANCHO, R., 1998, p. 37.

<sup>21</sup> 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 se 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 reglamentos específicos o convenios colectivos en vigor*».

<sup>22</sup> 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*».

<sup>23</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 676.

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 in-

cluso el personal laboral desempeña las mismas funciones o tareas que el personal funcionario<sup>24</sup>.

Indica Sánchez Morón<sup>25</sup> 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 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<sup>26</sup>.

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»<sup>27</sup>. 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 citada<sup>28</sup>, 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 se-

<sup>24</sup> ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, pp. 161 y 163; PÉREZ MARTÍNEZ, V., *REALA*, p. 268; BERMEJO CABRERO, F., *REDA*, p. 235; ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, pp. 254 y 255 y 386; SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, pp. 413 y ss.; LÁZARO, J. L., 2007, p. 699; VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 85; FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, pp. 164 y 165; FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2007, p. 289; CANTERO MARTÍNEZ, J., 2009, p. 679, y QUINTANA LÓPEZ, T., 2008, p. 493.

<sup>25</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2007, p. 417.

<sup>26</sup> En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., 2008, p. 617.

<sup>27</sup> 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., *REDA*, pp. 419-444).

<sup>28</sup> El Real Decreto 896/1991, que establece la preferencia por el sistema de oposición.

lectivo 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 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 personal<sup>29</sup>.

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»<sup>30</sup>. 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 doctrina<sup>31</sup> 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 Luque<sup>32</sup> 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<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, pp. 90 y 91.

<sup>30</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.<sup>a</sup> L., 1999, p. 47.

<sup>31</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 210, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., y MERCADER UGUINA, J. R., *RL*, pp. 1199-1239, DEL SAZ CORDERO, S., 1995, p. 72, SALA FRANCO, T, *PJ*, pp. 159-167, y ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, p. 162.

<sup>32</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 684.

<sup>33</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.<sup>a</sup> L., 1999, p. 48.

En lo referente al órgano de selección para los procesos selectivos del personal laboral, ya se ha comentado en el Capítulo 3 de esta obra lo dispuesto en el artículo 60 del EBEP, cuyas previsiones resultan aplicables al personal laboral. Como indica Pérez Luque<sup>34</sup>, 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 García<sup>35</sup> 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»<sup>36</sup>, ignora el principio de especialidad de los órganos de selección, y no suministra un criterio para la designación de sus miembros<sup>37</sup>, y no da un criterio para designarlos<sup>38</sup>, lo cual permite una casi total discrecionalidad política y administrativa que da lugar a «órganos interiorizados» que reciben instrucciones del poder político<sup>39</sup>.

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<sup>40</sup>.

<sup>34</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 689.

<sup>35</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 198.

<sup>36</sup> PÉREZ MARTÍNEZ, V., «El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública», *REALA*, p. 269.

<sup>37</sup> RIVERO LAMAS, J., *Selección y contratación...*, p. 28, y PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación...*, p. 211.

<sup>38</sup> RIVERO LAMAS, J., «Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general», *REDT*, pp. 607-638.

<sup>39</sup> 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., *RVAP*, p. 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.

<sup>40</sup> Ver, entre otros, PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 690, SÁNCHEZ MORÓN, M., 2007, p. 134, y FÉREZ FERNÁNDEZ, M., *DA*, pp. 61-123.

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 selectivo<sup>41</sup>. 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 supletoria<sup>42</sup>, aunque esta línea no es pacífica en la doctrina<sup>43</sup>. 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 3 de esta obra<sup>44</sup>.

## 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, debe hacerse 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 demás legislación laboral aplicable, posibilidad ésta que el propio Real Decreto 364/1995 prevé en su artículo 33, disponiendo que «*transcurrido*

---

<sup>41</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 103.

<sup>42</sup> Ver en esta línea MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 199.

<sup>43</sup> 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.<sup>a</sup> L., 1999, p. 47).

<sup>44</sup> 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 esta obra, 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 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*». 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*».

*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 definitiva, 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.

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 1 de esta obra. 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 funcionarial. 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 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 Alonso<sup>45</sup> se refiere al contrato de fomento de la contratación indefinida<sup>46</sup>, 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

<sup>45</sup> MARÍN ALONSO, I., *RL*, pp. 417-442.

<sup>46</sup> 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.

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 Hernandis<sup>47</sup> 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.
  - 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 funcionarial.
  - 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 declara-

---

<sup>47</sup> PINAZO HERNANDIS, J., 2007, pp. 232 y ss.

ción 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<sup>48</sup>. En relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, autores como Godino Reyes<sup>49</sup> 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 Luque<sup>50</sup>.

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»*<sup>51</sup>. 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*

<sup>48</sup> Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., 2001, p. 601, y la STS de 1993.

<sup>49</sup> GODINO REYES, M., *REDT*, pp. 41-74.

<sup>50</sup> LIMÓN LUQUE, M. A., *RT*, pp. 81-112.

<sup>51</sup> 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»*.

*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».*

Al respecto, López Gandía y Toscani Giménez<sup>52</sup> 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 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<sup>53</sup>.

Al respecto, la STS de 12 de junio de 1989<sup>54</sup> señala que la Administración Pública «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 ello, rechaza el automatismo con que la Administración Pública demandada declaró la ineficacia del contrato laboral tras la declaración de nulidad del proceso selectivo. Ahora bien, esta posición es criticable, ya que niega eficacia al pronunciamiento del orden contencioso-administrativo<sup>55</sup>.

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,

---

<sup>52</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 45.

<sup>53</sup> DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., 2001, p. 763.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *RJA*, pp. 9 y ss.

al posterior despido administrativo. Sin embargo, la indefensión procesal ha de hacerse valer a través de los cauces procesales previstos a tal efecto. 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)».

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<sup>56</sup>.

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-administrativa<sup>57</sup>, 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, así como el conocimiento de los litigios relativos a esta segunda fase corresponde a la jurisdicción social<sup>58</sup>.

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 del TRLCSP), señalando Ramos Moragues<sup>59</sup> que debe acudir, con carácter supletorio, a lo dispuesto en la LCSP, ya que ésta, respecto de la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos

<sup>56</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 174, y DÍAZ RODRÍGUEZ, J. M., 2009, p. 500.

<sup>57</sup> Incluso la propia Administración puede optar por la revisión de oficio, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley 30/1992.

<sup>58</sup> 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., 2006, p. 60).

<sup>59</sup> RAMOS MORAGUES, F., Madrid, 2011, p. 247.

laborales, establece 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 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<sup>60</sup>. 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»<sup>61</sup>.

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 (art. 1261 del CC)».

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*».

---

<sup>60</sup> Dictámenes 202, 249 y 849/1994 y 2878/1885.

<sup>61</sup> Pueden citarse también los AATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 6 de marzo de 1996 y 26 de junio de 1998, y las SSTs de 20 de septiembre de 2002, 4 y 31 de octubre de 2000 y 19 de noviembre de 2001.

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: o 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 Serrano<sup>62</sup>, las consecuencias de dar una u otra calificación a la situación son relevantes, ya que, en el 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), 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.

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<sup>63</sup>.

Sin embargo, la STS de 10 de marzo de 1999 supone un cambio de criterio, optando por la tesis de la extinción contractual<sup>64</sup>, al entender que, una vez

---

<sup>62</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2010, p. 1182.

<sup>63</sup> Ver también las SSTS de 12 de junio de 1989 y 29 de marzo de 1994.

<sup>64</sup> 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.

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 «la extinción del contrato 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 trabajo (...) sino que el empresario puede acudir a alguno de los procedimientos y actos extintivos previstos en el artículo 49 del ET».

En definitiva, 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 Escanciano<sup>65</sup>, 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.

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 art. 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<sup>66</sup>.

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

---

<sup>65</sup> QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *RJA*, pp. 9 y ss.

<sup>66</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2010, p. 1184, y QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *RJA*, pp. 9 y ss., DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., 2006, p. 261, y CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> A., y GARCÍA MURCIA, J., *AS*, pp. 605-616.

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 Públicas, 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<sup>67</sup>:

– 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 supletoria<sup>68</sup>, ya sea por analogía<sup>69</sup>.

Además, Vivero Serrano<sup>70</sup> 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

---

<sup>67</sup> 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., *RL*, pp. 797-802, y DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., pp. 38 y ss.

<sup>68</sup> RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 247.

<sup>69</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2010, p. 1184.

<sup>70</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2010 p. 1185.

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 del 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 lesiona el citado derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad al empleo público (arts. 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.

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<sup>71</sup>. 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

---

<sup>71</sup> GODINO REYES, M., 1996, pp. 152 y ss., y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., 2006, p. 263.

empleo»<sup>72</sup>. 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 nulidad<sup>73</sup>, 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 art. 9.2 ET)<sup>74</sup>, así como la indemnización que corresponda por los daños efectivamente causados a la persona afectada.

Asimismo, 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 art. 9.2 ET).

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), en los términos expuestos aquí.

---

<sup>72</sup> LÓPEZ GÓMEZ, J. M., 1995, p. 209.

<sup>73</sup> 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., 1985, pp. 46 y ss., LÓPEZ GÓMEZ, J. M., 1995, p. 203., y QUINTANA LÓPEZ, T., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *RJA*, pp. 9 y ss.).

<sup>74</sup> 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., *RT*, pp. 81-112, GALLEGO MORALES, A. J., 1998, p. 202, y ALONSO OLEA, M., y CASAS BAAMONDE, M. E., 2000, p. 210).

#### 4. LA FIGURA DEL TRABAJADOR INDEFINIDO NO FIJO

La Administración Pública, cuando contrata personal laboral, queda sometida a la legislación laboral, que establece como regla general el carácter indefinido de la contratación, y el principio de tipicidad y causalidad de los contratos laborales temporales. Por tanto, las relaciones laborales solo pueden constituirse temporalmente en los casos expresamente previstos por la ley laboral, que regula varias modalidades de contratos temporales. Además, el Estatuto de los Trabajadores contiene una serie de normas tuitivas contra el abuso en la contratación laboral temporal que conllevan la adquisición por el trabajador de la condición de fijo, y que son las siguientes:

– 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 temporales, 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»*<sup>75</sup>.

– 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 prue-*

---

<sup>75</sup> 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.»*

*ba, 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 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»*<sup>76</sup>.

La consecuencia jurídica prevista en estas normas es que la relación laboral pasa a considerarse fija (el Estatuto de los Trabajadores utiliza la palabra indefinida como sinónimo de fijeza). Sin embargo, esta regla en el 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 (con publicidad y concurrencia competitiva). Pero el legislador inicialmente no resolvió expresamente la problemática de la aplicación al Sector Público de las normas tuitivas del Estatuto de los Trabajadores sobre contratación laboral temporal fraudulenta o abusiva, por lo que es la Jurisprudencia la que ha tenido que dar respuesta, ante la avalancha de demandas judiciales, creando la figura del trabajador indefinido pero no fijo. Esta figura ha sido expresamente admitida por el Tribunal Constitucional en los Autos 122/2009, 124/2009 y 135/2009<sup>77</sup>, y recogida posteriormente en la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (en el año 2006).

---

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> En los citados Autos del Tribunal Constitucional se señala que «las irregularidades de la contratación tienen un alcance distinto en el sector privado y en el sector público», de manera que «la contratación de personal laboral para la Administración pública no puede verse sujeta, por imperativo del artículo 14 CE, a las mismas reglas que la contratación entre particulares, pues tal carácter de Administración pública es por sí mismo factor de diferenciación relevante, en atención, precisamente, a otros mandatos constitucionales. Los abusos o fraudes en la contratación en la empresa privada en general perjudican al trabajador en su derecho a la estabilidad en el empleo, y benefician al empleador al permitirle una precariedad en el empleo contraria a la Ley. Pero en el sector público existe además un interés general relevante, y el riesgo de una posible colisión entre la Administración y el empleado en cuanto que la irregularidad puede ser una vía utilizada para el ingreso fraudulento en la Administración pública fuera de los cauces constitucional y legalmente exigibles, no respondiendo a los principios de mérito y capacidad. Por esa razón, los órganos judiciales han de tomar en consideración esos principios, para evitar que el recurso a la estabilidad en el

No es posible analizar aquí en profundidad la figura del trabajador indefinido no fijo, pero cabe indicar 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 de promoción interna que corresponda para ocupar definitivamente el puesto de trabajo, tras lo cual se extinguirá el vínculo del trabajador indefinido no fijo (salvo que sea este mismo trabajador el que supere el citado procedimiento)<sup>78</sup>.

En efecto, la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (introducida por la Ley 43/2006, y modificada por la Ley 35/2010) 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»*<sup>79</sup>.

---

empleo pueda ser utilizado para consolidar, en perjuicio de aspirantes legítimos, un acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad.»

<sup>78</sup> Especialmente a partir de la STS de 7 de octubre de 1996, admite la aplicación de las normas tuitivas del Derecho Laboral a los trabajadores de las Administraciones Públicas, por lo que el contrato temporal afectado por irregularidades graves será calificado como indefinido, pero, de acuerdo con los principios constitucionales de mérito y capacidad en el acceso al empleo público, concluye que el trabajador no es de fijo de plantilla. Las SSTs de 20 y 21 de enero de 1998 añaden que el trabajador indefinido no fijo no está sometido directa o indirectamente a un término, pero la Administración Pública debe proceder a la cobertura de la plaza que ocupa por los procedimientos correspondientes, lo cual comportará finalmente el cese del trabajador indefinido no fijo, siendo causa lícita de extinción del contrato laboral.

<sup>79</sup> También añade dicha Disposición Adicional que *«2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, 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.*

*3. Para la aplicación del límite al encadenamiento de contratos previsto en el artículo 15.5, sólo se tendrán en cuenta los contratos celebrados en el ámbito de cada una de las Administraciones Públicas sin que formen parte de ellas, a estos efectos, los Organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de las mismas. En todo caso, lo*

Debe tenerse en cuenta, además, que la regulación y la jurisprudencia sobre la figura del trabajador indefinido deben respetar 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. Dicha Directiva establece la obligación del Estado de prever una serie de medidas para desincentivar el encadenamiento de los contratos<sup>80</sup>, entre las que figuran la adquisición de fijeza. Concretamente, la cláusula 5.1 del citado Acuerdo Marco establece que:

*«1. A efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas:*

- a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales;*
- b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada;*
- c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales.*

*2. Los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte (...) necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada:*

- a) se considerarán “sucesivos”;*
- b) se considerarán celebrados por tiempo indefinido.»*

---

*dispuesto en dicho artículo 15.5 no será de aplicación respecto de 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.»*

<sup>80</sup> Obsérvese, que la citada Directiva solamente se ocupa del encadenamiento de contratos, pero no del abuso con un único contrato laboral temporal. Así lo ha reconocido expresamente el TJCE, indicando en la Sentencia de 23 de abril de 2009 (caso Angelidaki) que «el Acuerdo marco (...) no obliga a los Estados miembros a adoptar medidas para sancionar el empleo abusivo de tal contrato porque éste cubra, en realidad, necesidades permanentes y duraderas del empleador. En efecto, dicho contrato no está incluido en el ámbito de aplicación de la cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, que únicamente se refiere a la prevención de los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada (sentencia Mangold, TJCE 2005, 341)».

Ahora bien, la Sentencia Sorge señala que la cláusula 8.3 afecta a reducción de las disposiciones que protegen a todos los trabajadores con contrato de duración determinada, incluidos los que hubieran celebrado un primer y único contrato de duración determinada.

La doctrina<sup>81</sup> se ha planteado la duda de si la Jurisprudencia sobre el trabajador indefinido no fijo de plantilla, así como la propia Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> del ET, eran contrarias a la mencionada Directiva 1999/70/CE, en la medida en que impiden la conversión del contrato laboral en fijo, sin que pareciese que existiesen medidas legales alternativas, ya que la citada Disposición Adicional no reconoce expresamente el derecho del trabajador indefinido no fijo a percibir una indemnización cuando su relación laboral se extinga al ser provista la plaza que ocupa mediante el correspondiente proceso de cobertura.

Al respecto resultan relevantes 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 23 de abril de 2009 (caso Angelidaki, C-378 a 380/07) y los Autos Koukou, de 24 de abril de 2009 (c-519/08,) y Affatato, de 1 de octubre de 2010 (C-3/10). A la vista de estas resoluciones, cabe concluir que, de acuerdo con la Jurisprudencia comunitaria, no es imprescindible que el legislador nacional establezca como medida antifraude en el Sector Público la conversión del contrato temporal en fijo, pero sí es preciso establecer alguna otra medida legal equivalente igualmente efectiva. Y parece, según las mencionadas resoluciones judiciales, que podrían considerarse equivalentes las medidas consistentes en el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios para el trabajador, la responsabilidad patrimonial del cargo público que suscribió la contratación irregular, y el establecimiento de sanciones<sup>82</sup>.

Con posterioridad a las citadas resoluciones del TJCE, el Tribunal Supremo ha reiterado su posición en las sentencias de 22 de julio y 25 de noviembre de 2013, que, aunque se refieren al caso de la amortización del puesto de trabajo, se remiten a las sentencias de 20 de enero de 1998 y de 27 de mayo de 2002, reiterando que la relación laboral indefinida no fija está sujeta a una condición resolutoria (la cobertura de la plaza por los procedimientos legales), cuyo cumplimiento provoca la extinción de la relación por la vía del artículo 49.1.b) ET, sin que sean aplicables los artículos 51 y 52 del ET.

La figura del trabajador indefinido no fijo ha planteado numerosos problemas en cuanto a los efectos que produce e incluso sobre su propia naturaleza. Pero lo más relevante, a efectos del acceso al empleo público, es que dicha figura 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 tramitación del procedimiento de cobertura de la plaza ocupada por

---

<sup>81</sup> ALZAGA RUIZ, I., 2007, pp. 227 y ss., y GÁRATE CASTRO, AL, pp. 1 y ss.

<sup>82</sup> ALZAGA RUIZ, I., 2007, pp. 227 y ss.

dicho trabajador. Ello en los numerosos casos en que no se tramita el citado procedimiento, provoca la consolidación *de facto* del trabajador, sin haber superado éste el correspondiente proceso selectivo para adquirir la condición de personal laboral fijo<sup>83</sup>.

En efecto, puede indicarse que la citada Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores presenta importantes deficiencias. Así, en primer lugar, solamente se refiere a las irregularidades contenidas en los artículos 15.1.a) y 15.5 del Estatuto de los Trabajadores, pero no a los casos de los artículos 15.2, 15.3, 43 y 49.1.c) del citado Estatuto, que también atribuyen al trabajador la condición de fijo (aunque en todo caso, a estos supuestos les resulta aplicable la consecuencia prevista en dicha Disposición, que es la inherente a la figura del trabajador indefinido no fijo, que la jurisprudencia declara aplicable a todos esos supuestos).

En segundo lugar, el ámbito subjetivo de la citada Disposición Adicional es insuficiente, pues deja fuera importantes ámbitos, como los Organismos Reguladores, los Órganos Constitucionales y análogos de las Comunidades Autónomas (Cortes Generales, Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Parlamentos autonómicos, etc.) y las sociedades y fundaciones del Sector Público<sup>84</sup>.

En tercer lugar, y en cuanto a la cobertura de los puestos de trabajo «*por los procedimientos ordinarios*», se trata de una expresión amplia que nos permite entender que procede la extinción no solamente en caso de cubrirse la plaza mediante un proceso de selección de acceso al empleo público, sino que también cabe la extinción en caso de cobertura del puesto por los procesos internos de provisión, como los concursos de méritos o la libre designación, o de promoción interna<sup>85</sup>.

En cuarto lugar, una vez tramitado el correspondiente procedimiento para cubrir la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo (sin que sea éste el que haya superado dicho proceso), se han planteado dudas sobre cómo se extingue su relación laboral (si automáticamente o no) y con qué efectos (con o sin indemnización), ya que la legislación no regulaba expresamente la cuestión.

---

<sup>83</sup> A ello se refieren, entre otros, NICOLÁS BERNARD, J. A., 2002, p. 56, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGU, J., 1994, p. 1149, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., AS, pp. 33-42, y CHAVES GARCÍA, J. R., <http://bigoles.conectia.es/upload/articulos/pdf/53/488.pdf>.

<sup>84</sup> Por su parte, el Tribunal Supremo viene aplicando la figura del trabajador indefinido no fijo a las sociedades mercantiles estatales.

<sup>85</sup> BOLTAINA BOSCH, X, AS, pp. 529-552.

La doctrina mayoritaria ha considerado que se trata más bien de un despido por causas objetivas, de manera que, tras la provisión de la plaza por los procedimientos correspondientes, sería preciso aplicar el régimen jurídico del despido por causas económicas y organizativas de los artículos 51 y 52 ET, que daría lugar a una indemnización<sup>86</sup>. También se ha postulado la aplicación del artículo 52.c) ET por entender que se trataría de una situación muy similar a la de nulidad de un proceso selectivo de acceso a empleo laboral, asimilado a la extinción por fuerza mayor<sup>87</sup>. Asimismo, se ha señalado, con base en las SSTs de 20 y 21 de enero de 1998, que el contrato laboral indefinido no fijo era un contrato sujeto a condición resolutoria (la cobertura de la plaza por los procedimientos correspondientes) y que, por lo tanto, no era aplicable el artículo 52 ET<sup>88</sup>.

En este sentido, la STS de 27 de mayo de 2002 entendió que el contrato indefinido no fijo estaba sujeto a una condición resolutoria consignada válidamente en el contrato de trabajo, de modo que la cobertura final de la plaza constituía el cumplimiento de dicha condición resolutoria, extinguiéndose el contrato de trabajo sin derecho a indemnización, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.1.b) ET. No obstante, en esta sentencia se formuló un voto particular que entendía que la cobertura de la plaza daba lugar a la extinción de la relación laboral por causas objetivas, sin que pudiera considerarse como una causa consignada en el contrato. Y añadía que la interpretación de la sentencia situaba al trabajador indefinido no fijo en una situación peor que la de los trabajadores que cesan por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio determinado, a los que el artículo 49.1.b) ET sí reconoce una indemnización<sup>89</sup>.

En quinto lugar, la citada Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET no aclaró expresamente si cabía extinguir la relación laboral indefinida no fija mediante la

---

<sup>86</sup> GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> y VEGA LÓPEZ, J., *RL*, pp. 14 y ss., BORRAJO DACRUZ, E., *AL*, pp. 373 y ss., y LAHERA FORTEZA, J., *RL*, pp. 67 y ss.

<sup>87</sup> MOLINER TAMBORERO, G., *Tribunal Social*, pp. 15-33, y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., 2009, p. 175. Ver también los votos particulares a las SSTs de 20 de enero de 1998 y 21 de enero de 1998, y la STS de 17 de enero de 2000. Pero dicho artículo 52.e) solamente se refiere a «*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 lo que no resultaría aplicable al caso que tratamos (BOLTAÍNA BOSCH, J., *AS*, pp. 529-552.)

<sup>88</sup> GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> y NORES TORRES, L. E., 2002, p. 718 y 719.

<sup>89</sup> Por todo ello, parte de la doctrina no consideró aceptable la aplicación del artículo 49.1.b) ET. Ver LAHERA FORTEZA, J., *RL*, pp. 679-686, MORÓN PRIETO, R., *RDS*, p. 203, y ALFONSO MELLADO, C. L., *RDS*, pp. 200 y 201.

amortización de la plaza ocupada por el trabajador<sup>90</sup>. Así, la posibilidad de extinguir directamente el vínculo del trabajador indefinido no fijo mediante la amortización de la plaza era dudosa tras la nueva redacción de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET, que solamente se refiere expresamente a la extinción de la relación laboral por la cobertura de la plaza mediante el correspondiente proceso de provisión de puestos. Aún así, parte de la doctrina había considerado que la relación laboral indefinida no fija sí se puede extinguir también por la amortización de la plaza ocupada<sup>91</sup>.

Además, las propias Cortes Generales han admitido expresamente la posibilidad de amortización de la plaza en la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en personal laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales. En esta Resolución se propone que el reconocimiento judicial de la condición de trabajador indefinido no fijo debe desembocar, «conforme contempla la disposición adicional decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores (...) en su amortización o en la provisión con arreglo a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, en función de las necesidades de la Administración».

Pero la cuestión, a continuación, radicaba en aclarar si tal amortización provocaba el cese automático del trabajador indefinido no fijo, o si era preciso aplicar la normativa laboral sobre extinción del contrato por causas organizativas (arts. 51 y 52 ET), con la consiguiente indemnización en ella prevista, existiendo opiniones doctrinales a favor de la primera opción<sup>92</sup> y de la segunda opción<sup>93</sup>. Por su parte, el Tribunal Supremo venía entendiendo desde las

---

<sup>90</sup> En todo caso, la amortización de la plaza, como es obvio, ha de ser real, de modo que la jurisprudencia viene exigiendo que no se sigan contratando trabajadores para las mismas funciones. Así, para poder extinguir el contrato del trabajador indefinido no fijo, no basta con convocar una vacante similar a la relación laboral extinguida, sino que algunas resoluciones judiciales (como la STSJ de Cataluña de 5 de marzo de 2001), exigen acreditar que el puesto de trabajo desempeñado por el trabajador indefinido no fijo ha sido real y efectivamente amortizado o suprimido, de manera que no se extingue la relación de dicho trabajador cuando la amortización del puesto de trabajo es en realidad de carácter puramente formal y no real, como sucede cuando se siguen contratando nuevos trabajadores para continuar desempeñando tareas de igual categoría profesional. Este razonamiento ha sido expresamente aplicado a la extinción de contratos laborales de interinidad por vacante, por lo que con más razón es aplicable a la relación laboral indefinida no fija (así, puede citarse la Sentencia del TSJ de Cataluña de 14 junio de 2002).

<sup>91</sup> BOLTAINA BOSCH, X., AS, pp. 529-552, y MOLINER TAMBORERO, G., 2000, p. 99.

<sup>92</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 69 y 70.

<sup>93</sup> Ver BOLTAINA BOSCH, X., AS, pp. 529-552, y BODAS MARTÍN, R., 2010, p. 46, y LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 70.

sentencias de 22 de julio y 25 de noviembre de 2013 que «los contratos de interinidad por vacante y los del personal indefinido no fijo al servicio de la Administraciones Públicas se extinguían no sólo al cubrirse la plaza ocupada por el trabajador, como resultado del proceso ordinario de cobertura, sino también por la amortización de la plaza vacante ocupada, supuesto en el que la causa extintiva operaba directamente sobre el contrato, lo que hacía innecesario acudir a los procedimientos de extinción colectiva o individual por causas objetivas previstos en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores».

Pero introducía un matiz, en el sentido de reconocer al trabajador indefinido no fijo el derecho a la indemnización del artículo 49.1.c) ET, señalando (hasta sentencias muy recientes, como la de 21 de enero de 2014) que cuando se amortiza la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, procede la aplicación analógica del artículo 49.1.c) ET, por lo que reconoce a dicho trabajador indefinido no fijo la misma indemnización que la prevista en dicho artículo para la extinción de los contratos temporales por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio pactado, añadiendo que esta interpretación viene apoyada en la propia Directiva 1999/70/CE. Por tanto, el Tribunal Supremo, aunque reconocía una indemnización, seguía sin considerar aplicable el régimen del despido por causas objetivas de los artículos 51 y 52 ET<sup>94</sup>.

Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1.ª) de 24 de junio de 2014 ha rectificado esta doctrina, pasando a entender que «la simple amortización de una plaza vacante, ocupada por un trabajador indefinido no fijo (...), no conlleva la extinción de los contratos sin necesidad de acudir al procedimiento previsto en los artículos 51 y 52.c) del ET. Ello, incluso, cuando se haya aprobado una nueva RPT, supuesto en el que, sin perjuicio del valor probatorio que la nueva RPT, tenga para acreditar la concurrencia de las causas económicas, organizativas y demás que puedan justificar la extinción, deberán seguirse los procedimientos de extinción previstos en esos preceptos»<sup>95</sup>.

La causa por la que el Tribunal Supremo decide rectificar su anterior doctrina es «la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima del Es-

---

<sup>94</sup> Al respecto puede verse GARCÍA PAREDES, M.ª L., *AL*, pp. 5 y ss., y SELMA PENALVA, A., *RL*, pp. 75-103.

<sup>95</sup> Al respecto, puede verse BOLTAINA BOSCH, X., *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, pp. 33-46.

tatuto de los Trabajadores<sup>96</sup>, norma que ha mejorado lo dispuesto en la Directiva Comunitaria 1998/59/ CE, de 20 de julio, con relación al personal laboral de las Administraciones Públicas, a quien a partir de ahora se aplica lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del ET en los despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y en los despidos por causas individuales por causas objetivas. El último párrafo de esta Adicional al dar prioridad de permanencia al personal fijo evidencia que la misma se aplica, también, al personal indefinido no fijo y al interino por vacante. La aplicación de esta nueva normativa a los trabajadores denominados indefinidos no fijos es indudable porque la extinción de los contratos de este tipo es computable al efecto de considerar el despido como colectivo, conforme al penúltimo párrafo del citado artículo 51.1 del ET, que excluye del cómputo las extinciones de contratos temporales que se produzcan con arreglo al artículo 49.1.c) del texto legal citado».

Esta sentencia tiene importantes consecuencias prácticas, porque cuando una Administración Pública no quiera cubrir la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo, sino amortizarla, tendrá que acudir a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, lo cual implica no sólo obligaciones de procedimiento e indemnización, sino también acreditar que existen realmente las «*causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*» a que se refieren estos artículos. Por tanto, la Administración Pública se entiende que ya no es libre para decidir, dentro de su organi-

---

<sup>96</sup> La Disposición adicional vigésima del ET, sobre la «*Aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público*», dispone lo siguiente: «*El despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción del personal laboral al servicio de 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, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se efectuará conforme a lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y sus normas de desarrollo y en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las Administraciones Públicas.*

*A efectos de las causas de estos despidos en las Administraciones Públicas, entendiéndose como tales, a los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se entenderá que concurren causas económicas cuando se produzca en las mismas una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, se entenderá que la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entenderá que concurren causas técnicas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público.*

*Tendrá prioridad de permanencia el personal laboral fijo que hubiera adquirido esta condición, de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, a través de un procedimiento selectivo de ingreso convocado al efecto, cuando así lo establezcan los entes, organismos y entidades a que se refiere el párrafo anterior».*

zación, si se desprende libremente del personal que cubre plazas que deben ser cubiertas por procedimientos ordinarios (el personal laboral interino por vacante y el personal laboral indefinido no fijo), sino que, independientemente de que amortice las plazas, a este personal no podrá cesarlo, sino que tendrá que despedirlo acreditando las mencionadas causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y si no lo consigue, se considerarán despidos improcedentes. Podría pensarse que esto incentivará a las Administraciones Públicas a proceder a la cobertura de las plazas ocupadas por estos trabajadores, pero también es muy posible que, si la Administración no venía tramitando esos procedimientos de cobertura, sino perpetuando a estos trabajadores, mucho menos los despedirá ahora con tal procedimiento y tales costes.

Ciertamente, puede entenderse que la mencionada Directiva 1999/70/CE exige al Estado español reconocer al trabajador laboral indefinido no fijo algo más que el derecho a permanecer en una plaza hasta que ésta sea amortizada libremente por la Administración Pública sin indemnización. Pero, como se ha indicado, la jurisprudencia ya venía reconociendo a dicho trabajador el derecho a la indemnización del artículo 49.1.c) ET. Por ello, podría entenderse que resulta excesivo ahora exigir a la Administración Pública que acredite la existencia de una causa económica, técnica, organizativa o de producción, más allá de la propia modificación de la RPT suprimiendo la plaza. Sin embargo, puede entenderse que la vocación de la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores es, partiendo de la conversión del contrato temporal en indefinido (por virtud de las normas tuitivas del Derecho Laboral), que se cubra la plaza por los procedimientos ordinarios, por lo que, si no se tramitan dichos procedimientos ordinarios de cobertura, sólo cabrá despedir al trabajador alegando y probando causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Volviendo al caso general de extinción de la relación laboral indefinida no fija por la cobertura de la plaza mediante los procedimientos ordinarios, y a la vista de lo anteriormente expuesto, podría concluirse que la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET no respeta lo dispuesto en la citada Directiva comunitaria 1999/70/CE, porque no se ha adoptado ninguna de las tres medidas de la cláusula 5.1 del Acuerdo Marco, ni existe medida legal equivalente con verdaderos efectos disuasorios del encadenamiento de contratos temporales. Efectivamente, la citada Disposición Adicional solamente prevé que el trabajador continúe en el puesto de trabajo hasta que el mismo sea cubierto por los procedimientos ordinarios. Por tanto, no le reconoce ni la conversión en trabajador indefinido (fijo), ni siquiera el derecho a una indemnización. Por ello,

parte de la doctrina<sup>97</sup> había entendido que sería precisa, al menos, la aplicación del despido del artículo 52 ET (que atribuye indemnización al trabajador), o al menos establecer algún tipo de indemnización en los supuestos de extinción del contrato indefinido como consecuencia de la cobertura definitiva de la vacante<sup>98</sup>.

Sin embargo, como se ha expuesto, la literalidad de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET ya había sido atemperada por la doctrina del Tribunal Supremo, que venía reconociendo al trabajador indefinido no fijo el derecho a la indemnización del artículo 49.1.c) ET en el caso de amortización de la plaza. Y, a mayor abundamiento, la nueva doctrina del Tribunal Supremo enunciada en su sentencia de 24 de junio de 2014 es aún más garantista, si cabe, con la citada Directiva, ya que, tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima del Estatuto de los Trabajadores (introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio), declara aplicable los artículos 51 y 52.c) del ET a la extinción de la relación laboral indefinida no fija en el caso de la amortización del puesto de trabajo ocupado. Por tanto, en estos casos queda asegurada una indemnización al trabajador que ve extinguida su relación jurídica, que además es mayor que la derivada del artículo 49.1.c) ET. Y, además, la Administración Pública debe acreditar la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que puedan justificar la extinción de la relación laboral.

Por tanto, actualmente prevalece una interpretación conjunta de las Disposiciones Adicionales Decimoquinta y Vigésima del Estatuto de los Trabajadores, que resulta respetuosa con la citada Directiva comunitaria. No obstante, cabría preguntarse si esta interpretación sólo se produce en el caso de extinción de la relación laboral indefinida no fija por causa de la amortización de la plaza, pero no en el caso de extinción por ser cubierta dicha plaza por los procedimientos legalmente previstos. En este sentido, las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo se han dictado en casos de amortización<sup>99</sup>.

<sup>97</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., p. 75 y 76, y LAHERA FORTEZA, J., *RL*, pp. 587-593.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, p. 266.

<sup>99</sup> Así, ROMERO BURILLO aludía a la existencia de «una doble solución: a los casos de extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla. Una solución consistirá en la equiparación de dicho trabajador al contrato de interinidad por vacante cuando se produzca la cobertura de la plaza de forma definitiva por los cauces reglamentarios, en cuyo caso el trabajador indefinido no fijo de plantilla verá extinguido su contrato sin derecho a indemnización y, la otra solución que se ofrece a partir de la STS de 22 de julio de 2013 consistirá en reconocer que equiparar a esa misma figura del interino por vacante en una extinción del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla por amortización del puesto de trabajo resulta demasiado gravoso para el trabajador y que por ello vía analogía es necesario compensarlo con una indemnización que será la prevista en el artículo 49.1.c) ET» (ROMERO BURILLO, A. M.<sup>a</sup>, *AL*, pp. 4 y ss.).

Como puede verse, hasta el momento no se ha hecho alusión al Estatuto Básico del Empleado Público. Y es que el EBEP, pese a tratarse de una cuestión clave para el empleo público, no ha regulado de manera clara y expresa la cuestión<sup>100</sup>, limitándose a disponer en su artículo 11 el personal laboral podrá ser «fijo, por tiempo indefinido o temporal». Con base en esta expresión, la doctrina mayoritaria entiende que el EBEP reconoce la figura<sup>101</sup>, aunque no han faltado opiniones en contra<sup>102</sup>. Ciertamente, puede entenderse que el EBEP se refiere a la figura del trabajador indefinido no fijo, tanto por una interpretación sistemática con la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> del ET, como por su propio tenor literal. En efecto, no tiene sentido utilizar las dos expresiones «fijo» e «indefinido» si significaran lo mismo, además de que, si significaran lo mismo, se habría utilizado la conjunción «o». Pero, en todo caso, el EBEP no regula el régimen jurídico de la figura, lo cual ha sido criticado por la doctrina<sup>103</sup>.

Debe indicarse que el Grupo Parlamentario Popular en el Senado presentó una enmienda a la Ley de Racionalización del Sector Público (que luego fue retirada, entre otras razones, por presiones sindicales), proponiendo que se incluyera en el Estatuto Básico del Empleado Público una Disposición Adicional Decimotercera, sobre «especialidades en caso de declaración judicial de irregularidad en la contratación de las Administraciones Públicas», con la siguiente redacción<sup>104</sup>:

«1. En aplicación de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, las disposiciones previstas en los artículos 15.1, 15.3, 15.5 y 43 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, surtirán efectos en el ámbito de las Administraciones públicas en los términos previstos en los apartados siguientes, que resultarán igualmente de aplicación ante cual-

<sup>100</sup> Lo cual autores como RAMOS MORAGUES califican como decepcionante, habida cuenta de lo polémica e importante que es esta cuestión (RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 341).

<sup>101</sup> Así lo ha entendido la doctrina mayoritaria, pudiendo citarse a CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 99, BLASCO PELLICER, A., *AL*, pp. 2 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F., *AS*, pp. 11-35; DE LA VILLA GIL, L. E., *RGDTSS*, p. 8; GASCÓN VERA, L., *AS*, pp. 83-93; GIL PLANA, J., 2010, p. 403; GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>, 2010; MARÍN ALONSO, I., *RL*, pp. 417-442; MONTOYA MELGAR, A., 2007, pp. 466 y ss.; MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N., ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A., MALDONADO MOLINA, J. A., y FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., 2010, p. 18 y 19; MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 29, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *AS*, p. 265.

<sup>102</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 123, VILLANUEVA PUERTOLLANO, 2011, p. 146, SALA FRANCO y ALTÉS TÁRREGA, *REL*, pp. 39-143, MOLINA NAVARRETE, *RDTSS*, pp. 115-206, CARDENAL CARRO, M., 2010, p. 31, y BOLTAÍNA BOSCH, X., 2008, p. 179.

<sup>103</sup> BOLTAÍNA BOSCH, X., 2008, p. 179, MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, pp. 31 y 151.

<sup>104</sup> Se trataba de la enmienda del Senado n.º 170 (*BOCG, Senado*, n.º 365, de 12 de junio de 2014). Paralelamente, la enmienda 177 proponía la paralela derogación de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET.

*quier otro supuesto del que pueda derivarse una relación indefinida no fija con la Administración, declarada por sentencia.*

*En todo caso, la irregularidad derivada por alguna de estas causas no será obstáculo para la obligación de la Administración de proceder a la cobertura del puesto de trabajo o a su amortización, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable.*

2. *En cumplimiento de esta previsión:*

a) *En caso de puestos de trabajo de necesaria cobertura, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a dicha cobertura por los procedimientos de provisión aplicables a las Administraciones Públicas, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que dicho trabajador acceda al empleo público, superando un proceso selectivo conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.*

b) *En caso de puestos de trabajo que no fueren de necesaria cobertura, la extinción de la relación laboral se producirá con la amortización del mismo a través de los procedimientos de supresión de puestos de trabajo propios de la Administración de que se trate, con los efectos económicos señalados en el apartado c) del artículo 49.1 del Estatuto de los Trabajadores, sin que resulten por tanto de aplicación en este supuesto los procedimientos y efectos previstos para el despido en los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia del número de trabajadores afectados. La Administración deberá dictar, en todo caso, resolución sobre el carácter innecesario de la provisión del puesto.*

*Todo ello sin perjuicio de que, si por concurrir causas económicas, técnicas u organizativas, la Administración afectada promoviese un despido colectivo, los trabajadores a que se refieren las letras a) y b) precedentes, cuyos puestos no hubieran sido objeto de cobertura o amortización, pudieran verse afectados también por dicha medida, en los términos y con los efectos previstos en la disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores.*

3. *A los efectos previstos en esta disposición:*

a) *Tendrán la consideración de Administración Pública los entes, organismos y entidades a que se refiere el artículo 3.2 del texto refundido de Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

b) *Se entenderá que no son de necesaria cobertura, entre otros, los trabajos destinados a cubrir una necesidad temporal, los que respondan a la*

*realización de un proyecto o prestación específica, cualquiera que sea su sustantividad, los que tengan su origen en una colaboración social, los correspondientes a servicios cuya prestación hubiera sido contratada externamente por la misma con arreglo a lo previsto en el artículo 10 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, así como en relación con las contrataciones que se efectúen en virtud de encomiendas de gestión, cualquiera que fuera la causa que hubiera motivado la declaración del trabajador como indefinido no fijo.»*

Como puede verse, la mencionada enmienda distinguía tres supuestos respecto de la amortización de la plaza:

1.º Para los puestos de trabajo que no fueran de necesaria cobertura, se proponía su amortización y como consecuencia automática la extinción de la relación laboral indefinida no fija con la indemnización prevista en el artículo 49.1.c) ET, y no resultarían de aplicación los artículos 51 y 52 ET. Esta solución, por tanto, era totalmente distinta a la prevista en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014. Sin embargo, en caso de haberse aprobado esta reforma legal, el colectivo de trabajadores laborales indefinidos no fijos afectados por este supuesto podría alegar sufrir un trato legal discriminatorio respecto del trato legal recibido por los laborales interinos que cubren vacantes amortizadas, porque a éstos sí se les aplican, de acuerdo con la nueva doctrina del Tribunal Supremo, los artículos 51 y 52 ET.

2.º Si se trataba de puestos de trabajo de necesaria cobertura, entonces el trabajador indefinido no fijo veía extinguida su relación cuando se cubriera su puesto por el procedimiento aplicable. Por tanto, en este caso no se preveía la aplicación de los artículos 51 y 52 ET, ni de la indemnización del artículo 49.1.c) ET. Esta solución legal, sin embargo, corría el riesgo de ser considerada contraria a la mencionada Directiva comunitaria 1999/70/CE.

3.º En los casos de que la Administración Pública no cubriera los puestos de necesaria cobertura o no amortizara los puestos que no eran de necesaria cobertura, se le permitiría acudir al despido colectivo (art. 51 ET de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional 20.<sup>a</sup> ET).

Sin embargo, esta enmienda no preveía nada para el cuarto caso (habitual en la práctica), de que la Administración Pública no tramitara ninguno de esos tres casos, sino que dejara que el trabajador indefinido no fijo se eternizara. Y, precisamente, lo más relevante para el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a los empleos públicos (es decir, en condiciones de mérito y capacidad), es que el trabajador indefinido no fijo no se eternice en el

puesto de trabajo que ocupa, ya que su destino es que la plaza sea cubierta por los procedimientos ordinarios. Sin embargo, la figura del trabajador indefinido no fijo no está actualmente acompañada de mecanismos contundentes que eviten lo que finalmente viene ocurriendo en muchos casos, que es la irregular consolidación *de facto* definitiva de estos trabajadores. Y es que, como indica Rodríguez Escanciano, la verdadera no fijeza «en la realidad queda supeditada al desarrollo de un comportamiento correcto y responsable por parte del organismo público (por tanto, una condición implícita y no sólo un término), el cual debe cubrir o amortizar, en plazo, la vacante ocupada provisionalmente de manera anómala»<sup>105</sup>.

Así, la cobertura de las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos en la práctica depende unilateralmente de la voluntad de la Administración Pública en poner fin a la situación del trabajador indefinido no fijo, pues ella es la que puede tramitar el proceso de cobertura de la plaza ocupada por éste<sup>106</sup>. Incluso la doctrina ha destacado que en ocasiones la propia Administración Pública actúa de acuerdo con el trabajador para superar los límites máximos de la contratación temporal y así obtener su ingreso como laboral fijo sin haber tramitado el correspondiente proceso selectivo<sup>107</sup>. En este sentido, hay sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que indican que mantener durante casi seis años una plaza vacante sin sacarla a provisión definitiva puede considerarse desviación del pleno sometimiento a la ley y un abuso de derecho<sup>108</sup>.

También Castillo Blanco<sup>109</sup> se ha planteado la posibilidad de que la jurisprudencia sobre el trabajador indefinido no fijo pudiera acabar dando 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 n.º 5 de Málaga, que, en relación con los contratos tem-

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., AS, pp. 33-42.

<sup>106</sup> Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., 2001, p. 629 y 631.

<sup>107</sup> Ver PINAZO HERNANDIS, J., 2007, p. 115. En esta línea, MONTOYA MARTÍN ha señalado que la utilización fraudulenta de la normativa laboral por parte de la Administración-Empresa Pública en connivencia con el trabajador para eludir los procesos selectivos no permite aplicar la norma laboral tuitiva (carácter indefinido del contrato), y además procederá la exigencia de la correspondiente responsabilidad penal por prevaricación (MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, Marcial Pons, 1996, p. 576).

<sup>108</sup> SSTSJ Aragón, de 18 de septiembre de 1996 (AS 3427) y de La Rioja de 20 de febrero de 1997, (AS 203).

<sup>109</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., REDA, pp. 187-218.

porales 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. Es más, esta Sentencia, barajando que podía tratarse incluso de «un plan preconcebido»<sup>110</sup>, 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. Como conclusión decía Castillo Blanco que «la cultura del pícaro parece así haberse instalado de forma irremisible en nuestra Función Pública».

Así, como indica Chaves García<sup>111</sup>, suelen producirse dos situaciones:

– Para cumplir con el deber de cubrir la plaza por el correspondiente proceso selectivo, en muchas ocasiones la Administración Pública o Ente afectado diseña, de acuerdo con los sindicatos, un concurso-oposición descafeinado y con sobrevaloración de los servicios prestados por el trabajador indefinido no fijo afectado, para consolidarle a él en la plaza ofertada.

– Inactividad por parte de la Administración o Ente afectado, dejando que el trabajador indefinido no fijo continúe ocupando el puesto de trabajo *ad eternum*.

A la vista de lo expuesto, se efectúan aquí las siguientes propuestas de *lege ferenda*, partiendo de que, en primer lugar, sería preciso que la ley regulase la cuestión expresamente en todos los supuestos en que la legislación atribuya al trabajador temporal la condición de fijo, es decir, no solamente en los supuestos de los artículos 15.1.a) y 15.5 ET (que son los casos actualmente previstos en la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET), sino también en los supuestos de los artículos 8.2, 15.2, 15.3, 15.5, 43 y 49.1.c) ET.

Asimismo, y como se ha indicado, la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET sólo se refiere a «*las Administraciones públicas y sus Organismos públicos vinculados o dependientes*», por lo que sería necesario que incluyera a todo el Sector Público, pues a todo él le son aplicables los principios de mérito y capacidad. Debería incluir, pues, a los Organismos Reguladores, los Órganos

---

<sup>110</sup> A esta circunstancia aluden también GONZÁLEZ BIEDMA, E. y CALVO GALLEGOS, J., 1994, p. 1149.

<sup>111</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., <http://bigoles.conectia.es/upload/articulos/pdf/53/488.pdf>.

Constitucionales y análogos de las Comunidades Autónomas (Cortes Generales, Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Parlamentos autonómicos, etc.) y las sociedades y fundaciones del Sector Público.

En relación con la salvaguarda de los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, la solución al problema parece que debería empezar por retirar la expresión «indefinido no fijo», pues en el Derecho laboral, indefinido significa fijo, y la situación de fijeza no puede tener lugar en el Sector Público sin la superación por el trabajador del correspondiente proceso selectivo. Lo que hay es una relación laboral temporal, pues está indefectiblemente destinada a finalizar por la producción de un hecho de obligatoria producción (la cobertura de la plaza o su amortización). Por tanto, no debe mantenerse el término jurisprudencial «indefinido no fijo», sino que la relación laboral sigue siendo esencialmente temporal. Así, los términos fijo e indefinido deben seguir siendo tratados como lo que siempre han sido en la cultura jurídica, es decir, como sinónimos.

Por tanto, para el Sector Público, la ley podría disponer que en aquellos casos en que la legislación laboral convierte el contrato temporal en indefinido, no se producirá la consolidación del trabajador como fijo, sino que la relación laboral existente se transformará en una relación laboral temporal denominada «relación laboral temporal por irregularidades en la contratación temporal»<sup>112</sup>, que se mantendrá vigente hasta que el puesto de trabajo ocupado sea cubierto por los correspondientes procedimientos selectivos o de provisión interna o bien sea amortizado.

Además, la ley podría aclarar expresamente que, en el momento en que la plaza sea cubierta por dichos mecanismos o sea amortizada, quedará automáticamente extinguida dicha relación laboral, sin que sean aplicables los

---

<sup>112</sup> En esta línea, entiende PINAZO HERNANDIS que procedería considerar a los indefinidos no fijos de plantilla *ex sententia*, como una categoría provisional a extinguir y, en su caso, como una figura de interinidad *ad hoc* (ver PINAZO HERNANDIS, J., *AJA*, p. 1).

Esta solución podría ser acorde con la ya adoptada por Italia y Grecia, y admitidas por la jurisprudencia del TJCE. La normativa italiana (Decreto Legislativo italiano n.º 165, de 30 de marzo de 2001), que, respecto del encadenamiento de contratos laborales temporales, en el ámbito del sector público dispone que el contrato temporal no se convierte en indefinido, pero sí se concede una indemnización de daños y perjuicios al trabajador. Por su parte, en el caso de la normativa griega, su Constitución, en su artículo 103, establece que, en relación con las relaciones laborales de Derecho privado en la Administración y en el sector público en sentido amplio, dispone que se «*prohíbe titularizar por Ley al personal mencionado en el primer párrafo o transformar sus contratos en contratos por tiempo indefinido*». Asimismo, el artículo 7 del Decreto Presidencial 164/2004, por el que se establecen disposiciones relativas a los trabajadores con contratos de duración determinada en el sector público, establecía, en relación con los límites de encadenamiento de contratos laborales temporales, que los celebrados con infracción de tales límites serían nulos y que el trabajador tenía derecho a una indemnización equivalente a la que correspondería a un trabajador con un contrato por tiempo indefinido en caso de rescisión de su contrato.

artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución podríamos considerarla acorde con la Directiva 1999/70/CE, que, según reitera la jurisprudencia del TJUE, no obliga necesariamente a convertir en fijos los contratos laborales encadenados. Asimismo, esta nueva normativa no sería regresiva en el sentido prohibido por la cláusula 8.3 de la citada Directiva, porque el efecto práctico que tiene, que es la cobertura del puesto conforme los procedimientos ordinarios, ya había sido establecido por la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET.

Y es importante que la ley declare que no son aplicables los artículos 51 y 52 ET, porque su aplicación exigiría, para poder extinguir las relaciones laborales indefinidas no fijas, acreditar que se da alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción previstas en dichos artículos. Y ello dificultaría el cese del trabajador indefinido, que es lo que procede en aplicación de los principios de mérito y capacidad.

Otra cosa sería que la nueva regulación vaya acompañada por el reconocimiento de una indemnización por cese, para entender que así existen las medidas alternativas equivalentes exigidas por dicha Directiva<sup>113</sup>. En cuanto al importe exacto que deba tener dicha indemnización, podría establecerse la misma cuantía que el ET reconoce a la extinción de contratos temporales en el artículo 49.1.c), que era la que venía admitiendo el Tribunal Supremo en caso de amortización de la plaza, antes del cambio operado por la mencionada sentencia de 24 de junio de 2014. (Esta sentencia, como ya se ha indicado, cuando se extingue la relación laboral por haber sido amortizada la plaza, reconoce la aplicación de los artículos 51 y 52 ET, con las implicaciones que ello tiene en relación con el procedimiento, la indemnización y las propias causas que habilitan a realizar el despido.)

En todo caso, sea cual sea la conclusión que aquí se alcance sobre el importe de la indemnización y el procedimiento (de los arts. 51 y 52 ET o no) para cesar al trabajador indefinido no fijo en el caso de amortización de la plaza, lo cierto es que lo que más interesa en el campo de la protección del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, mérito y capacidad, es que el trabajador indefinido no fijo no se eternice en el puesto de trabajo que ocupa, ya que su destino es que la plaza sea cubierta por

---

<sup>113</sup> Parte de la doctrina ha postulado el reconocimiento de la indemnización para disuadir a la Administración Pública de incurrir en irregularidades en la contratación temporal (así, puede verse FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, NICOLÁS BERNARD, J. A., 2002, p. 55 y 56, y MENÉNDEZ SEBASTIAN, E., M.<sup>a</sup>, 2009, p. 480). Sin embargo, está por ver que el deber de indemnizar sea una vía efectivamente disuasoria, ya que el que paga es el presupuesto público, no la persona que desempeña el cargo público que ha realizado la contratación irregular.

los procedimientos ordinarios. Así, la falta de mecanismos que eviten esta situación y la necesidad de poner freno a la contratación laboral temporal irregular en las Administraciones Públicas, hacen necesario que el legislador establezca mecanismos para que los trabajadores incursos en esta situación no se perpetúen en el puesto de trabajo si la Administración Pública (o Ente del Sector Público de que se trate) no tramita el correspondiente procedimiento para proveer la plaza.

Por todo ello, la ley debería establecer expresamente que la plaza ocupada por este personal deberá ser incluida en la Oferta de empleo público del ejercicio en que se dicta la sentencia judicial y, si no fuera posible, en la inmediatamente siguiente, o bien en el próximo concurso de méritos para provisión interna que se tramite, o bien que la plaza sea amortizada. Ello implicaría la necesidad de que el trabajador indefinido no fijo ocupe una plaza de la RPT, de manera que la ley debería establecer que si no venía ocupándola ya, se le asignará una plaza de la RPT y, si no existen plazas asignables, se procederá a su creación, modificando la RPT <sup>114</sup>.

La solución propuesta se asemeja a lo dispuesto en el artículo 10.4 EBEP que, para los funcionarios interinos que ocupan plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera, dispone que estas plazas vacantes *«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»* <sup>115</sup>. Sin embargo, como se indica en esta

---

<sup>114</sup> En este sentido, puede traerse a colación la problemática que se planteó en la Administración Pública canaria a la hora de ejecutar sentencias que declaraban como indefinidos no fijos a trabajadores temporales que no ocupaban plazas que figurasen en la Relación de Puestos de Trabajo, motivo por el cual la Intervención se negaba a fiscalizar de conformidad los pagos de sus nóminas. La Intervención General de la Administración Autónoma de Canarias emitió, el 6 de mayo de 2004 un informe (sobre los criterios de actuación respecto a los trabajadores declarados judicialmente como indefinidos no fijos cuando no existe una plaza adecuada a las características del trabajador en la correspondiente RPT) en el que señaló que «el hecho de que no se haya podido adscribir a un puesto de trabajo a aquellos trabajadores cuya relación laboral indefinida ha sido declarada judicialmente (...) no debe extenderse en el tiempo más allá del periodo razonable que se deriva de la tramitación de la oportuna modificación de la relación de puestos de trabajo». Concluía este informe que la actuación del órgano de Intervención debía poner de manifiesto la excesiva dilación en la modificación de la RPT, pero que no podía oponerse un reparo suspensivo al pago de retribuciones a los trabajadores no adscritos aún a plazas de la RPT, porque ello impedía la ejecución de la sentencia que los declaraba indefinidos no fijos. En definitiva, para poder controlar que un trabajador de los denominados indefinidos no fijos no se eternice, es preciso que esté vinculado a una plaza, para que, con relación a ésta, se pueda tramitar el correspondiente proceso selectivo o de promoción interna (previa inclusión de la misma en la OEP) o de provisión interna.

<sup>115</sup> 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 tra-*

obra, el artículo 10.4 EBEP carece de mecanismos efectivos que obliguen a los Entes del Sector Público a cumplir esta obligación de cubrir la plaza o amortizarla, por lo que me remito a las propuestas que en el capítulo 5 de esta obra realizo en orden a implantar mecanismos en esta línea.

---

*bajo 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, 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».*

Cabe añadir que con posterioridad a la entrada en vigor del EBEP, y en virtud de la reforma operada por la Ley 13/2007, la Ley 4/1988, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia ha pasado a establecer en su artículo 9.4 (actual 10.4 del vigente Texto Refundido de 2008) que *«la Administración no podrá convertir en fija o indefinida una relación laboral de carácter temporal.»* Dicha Ley 13/2007 señala en su exposición de motivos que *«la nueva redacción del artículo 9.4 intenta establecer, de forma respetuosa con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, una regulación de los efectos de la declaración de indefinición de una relación laboral temporal o de la declaración de laboralidad de una contratación administrativa. La regulación se basa en los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes: el personal declarado laboral indefinido no tiene carácter de fijo, porque los empleos públicos deben proveerse de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Pero, además, tras una sentencia estimatoria de una reclamación de indefinición laboral, la Administración debe regularizar la situación creando la plaza con la naturaleza funcional o laboral que corresponda y poniendo en marcha los procedimientos necesarios para su cobertura ordinaria.»* En esta línea, la disposición transitoria tercera de dicha Ley 13/2007 dispuso que *«lo dispuesto en el artículo 9.4 será de aplicación para las declaraciones judiciales de indefinición que se produzcan después de la entrada en vigor de la presente Ley de reforma. No obstante, en el periodo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de la Ley, deberán realizarse, en su caso, los procesos de creación de plazas derivadas de declaraciones judiciales anteriores a dicha fecha. Las plazas habrán de ser cubiertas, por el oportuno sistema de selección o provisión, en el plazo más breve posible.»*

Esta opción legislativa es mantenida en el Proyecto de Ley de empleo público de Galicia, publicado en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» n.º 397, de 30 de diciembre de 2014, que señala que *«las Administraciones públicas incluidas en el ámbito de aplicación de esta ley no podrán convertir en fija una relación laboral de carácter temporal. Incurrirán en responsabilidades, en los términos previstos en esta Ley, las personas que con su actuación irregular dieran lugar a la conversión en fija de una relación laboral de carácter temporal».*

También dedica un artículo específicamente al personal laboral indefinido, disponiendo lo siguiente:

*«1. Las relaciones de puestos de trabajo serán objeto de las modificaciones necesarias para ajustarlas a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, cuando la persona afectada no pueda ser adscrita a un puesto de trabajo vacante. La propuesta de modificación de la relación de puestos de trabajo deberá efectuarse en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la fecha de la firmeza de la sentencia judicial.*

*2. Los puestos de trabajo creados en aplicación de lo previsto en este artículo se incluirán en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo como puestos de trabajo como puestos de personal funcionario o, excepcionalmente, de personal laboral cuando la naturaleza de sus funciones así lo requiera, y se incorporarán a la oferta de empleo público, salvo que se disponga su amortización.*

*3. Una vez modificada la relación de puestos de trabajo, la persona afectada será adscrita al puesto de nueva creación.*

*4. Incurrirán en responsabilidades, en los términos previstos por esta Ley, las personas que con su actuación irregular den lugar a la conversión en indefinida de una relación laboral de carácter temporal o a la adquisición de la condición de empleado público por una persona que no la tenga».*

Sí debe destacarse que (tal y como se propone en dicho capítulo 5 para asegurar la cobertura de las plazas cubiertas por los interinos por vacante), para asegurar que la plaza ocupada por el trabajador indefinido no fijo se cubre por los procedimientos de cobertura correspondientes, sería necesario que la ley estableciera que, declarado judicialmente que un trabajador es indefinido no fijo, será cesado, en todo caso, en el plazo de dos años desde la fecha de dicha declaración judicial, para así evitar que el trabajador se eternice en el puesto de trabajo si la Administración Pública es negligente y no tramita el procedimiento de cobertura, ni amortiza el puesto de trabajo. Esta solución implicaría no aplicar el despido por causas objetivas de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (que es la solución que postula el Tribunal Supremo desde su sentencia de 24 de junio de 2014 cuando se amortizan las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos). Pero en este caso la ley también podría reconocer al trabajador cesado el derecho a una indemnización, de manera que no se entendería vulnerada la Directiva 1999/70/CE.

En último lugar, debe hacerse una referencia a la no aplicabilidad de la figura del trabajador indefinido no fijo a los casos en que la relación laboral temporal no se ha constituido correctamente, es decir, que no se ha tramitado (o se ha tramitado incorrectamente) el proceso selectivo que la normativa vigente prevea para la selección del empleado temporal. A este respecto, entiendo que en estos casos la relación laboral es nula, por lo que no procede la aplicación de aquella figura<sup>116</sup>. Así pues, deberían distinguirse dos situaciones, con efectos distintos:

- La situación del trabajador temporal inicialmente contratado sin la correcta tramitación del proceso selectivo correspondiente, extendiéndose dicho contrato más allá del límite temporalmente permitido. En este caso, el contrato laboral temporal inicial es nulo, por lo que no procede aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo, sino proceder al inmediato cese del trabajador, con los efectos previstos en el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores.

- La situación del trabajador temporal que inicialmente sí ha sido contratado mediante el correspondiente proceso selectivo, pero cuyo contrato se prolonga más allá de los límites legalmente establecidos, o que ha sido contratado sin que existiera causa de temporalidad, o que ha sufrido cualquiera de las irregularidades que dan lugar a la presunción o atribución de fijeza por el Estatuto de los Trabajadores. Aquí también se encuentra el caso de los trabajadores temporales que van encadenando contratos laborales temporales en virtud del correcto proceso selectivo (bolsa por ejemplo) en cada contratación y que

---

<sup>116</sup> Esta cuestión es analizada con más detalle en el apartado 3.3.1.c) del capítulo 5 de esta obra.

acaban superando el tope temporal establecido en el artículo 15.5 ET. En estos casos es donde sería aplicable la figura del trabajador indefinido no fijo.

Dado que la jurisprudencia y, particularmente, la doctrina del Tribunal Constitucional no se han pronunciado en esta línea, sería necesario que la ley dispusiera expresamente que sólo cabe aplicar el régimen jurídico del que aquí tratamos (relación laboral indefinida no fija o «relación temporal por irregularidades en la contratación temporal», que es la denominación que aquí se propone), si la relación laboral temporal afectada por la irregularidad nació en su día con respeto a los procesos de selección aplicables a la misma según la normativa vigente, y que, en caso contrario, el contrato laboral es nulo.

## 5. 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 multiservicios<sup>117</sup>, y las empresas de trabajo temporal, que constituyen el máximo nivel de flexibilización de las formas de empleo<sup>118</sup>, 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 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.

La legislación en materia de contratos de las Administraciones Públicas, hasta la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 30/2007, venía permitiendo a los Entes del Sector Público 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*»<sup>119</sup>. Además, establecía un plazo máximo

---

<sup>117</sup> Que en muchas ocasiones constituyen auténticas subcontratas falsas que encubren verdaderos supuestos de cesión ilegal de trabajadores.

<sup>118</sup> MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> N., 2011, p. 420.

<sup>119</sup> Según RODRÍGUEZ ESCANCIANO, esta limitación obedecía a evitar la vulneración de los principios constitucionales de mérito y capacidad (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2011, p. 237).

de 6 meses a dichos contratos, y disponía su extinción al vencimiento sin posibilidad de prórroga, impidiendo además la consolidación en la Administración Pública de los empleados de las ETT si se superaba el citado plazo de 6 meses <sup>120</sup>.

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 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 Pública 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

---

<sup>120</sup> 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., 2001, pp. 1 y ss.).

Así, la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley 30/2007 disponía 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». Dicho artículo 7.2 dispone que «*i 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*».

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., *RL*, pp. 241-272, MOLINER TAMBORERO, G., 2000, pp. 106 y ss., PÉREZ DE LOS COBOS, F., *AL*, p. 1, y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2012, pp. 269 y ss., y SERRANO OLIVARES, R., 2001, p. 967.

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»*<sup>121</sup>.

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 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»*.

Y, finalmente, la Ley 35/2010 ha derogado la Disposición adicional 5.<sup>a</sup> de la Ley de Contratos del Sector Público y ha incorporado a la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal, la Disposición Adicional Cuarta según la cual: *«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*

---

<sup>121</sup> 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., *RL*, pp. 183-202).

*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».*

En definitiva, la reforma legal ha supuesto una auténtica ampliación del ámbito funcional de las ETT<sup>122</sup> y, en consecuencia, 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 2008/104CE<sup>123</sup>, y especialmente a partir del 1 de abril de 2011, según la legislación española.

En particular, y por lo que interesa a esta obra, 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 comunitaria 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

<sup>122</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., 2010, p. 43.

<sup>123</sup> VIDA FERNÁNDEZ, R., 2010, p. 403, y MAURI MAJÓS, J., *QDL*, pp. 55-86, y LÓPEZ BALAGUER, M., 2009, p. 274.

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 (arts. 23.2 y 103 CE)<sup>124</sup>, y de publicidad<sup>125</sup>. También las organizaciones sindicales han destacado que el recurso a las ETT acabará sustituyendo las actuales bolsas de empleo<sup>126</sup>.

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»<sup>127</sup>, 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»<sup>128</sup>.

Además, como indican García Rubio y López Balaguer<sup>129</sup>, 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 aquélla), así como en los casos de aplicación del régi-

---

<sup>124</sup> En este sentido, ver VIDA FERNÁNDEZ, R., 2010, p. 413, TOSCANI GIMÉNEZ, D., *RTSS*, pp. 129-170, LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., 2011, y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., 1998, pp. 236 y ss., y 2010, pp. 48 y ss., y APILLUELO MARTÍN, M., 2001, p. 488.

<sup>125</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *RDS*, pp. 55-78, y LÓPEZ LÓPEZ, J., y CHACARTEGUI JÁVEGA, C., 2011, pp. 1 y ss.

<sup>126</sup> «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](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)».

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2011, p. 236.

<sup>128</sup> GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALALGUER, M., M., *RL*, pp. 203-227, MOLINA NAVARRETE, C., *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, pp. 5-62., y CARRERO DOMÍNGUEZ, C., y BLASCO DE LUNA, F. J., 2010, p. 332.

<sup>129</sup> GARCÍA RUBIO, M. A., y LÓPEZ BALALGUER, M., *RL*, pp. 203-227.

men 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 Temporal<sup>130</sup>, 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 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»*.

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<sup>131</sup>.

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<sup>132</sup>. 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 administra-

<sup>130</sup> <http://autonomica.cigadmon.org>

<sup>131</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, D., 2010, pp. 48 y ss., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, p. 61.

<sup>132</sup> Así, CRUZ VILLALÓN, P., y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P., *RDS*, p. 58, BENAVENTE TORRES, M.ª I., *RGDTSS*, pp. 1 y ss., DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., *RL*, pp. 241-272, PÉREZ DE LOS COBOS, F., *AL*, pp. 1 y ss., y DE MIGUEL PAJUELO, F., 2009, p. 2.761.

tivos, 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 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.

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 los citados 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 Tamborero<sup>133</sup> 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, 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.

En todo caso, debe destacarse que 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)<sup>134</sup>, ni a puestos de trabajo determinados. A juicio de Pérez de los Cobos, en la determinación del ámbito de actuación de las ETT van a jugar un papel muy importante las relaciones de puestos 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 artículo 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»<sup>135</sup>.

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 Estatu-

<sup>133</sup> MOLINER TAMBORERO, G., 2000, p. 104.

<sup>134</sup> MOLINER TAMBORERO, G., 2000, pp. 104 y ss.

<sup>135</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F., *AL*, pp. 1 y ss.

to 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 obra 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, la posibilidad de acudir a las ETT será mayor o menor en función de lo que disponga cada ley de Función Pública al definir la reserva funcionarial de funciones<sup>136</sup>.

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»<sup>137</sup>.

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<sup>138</sup>.

Puede mencionarse que existe el Proyecto de Real Decreto de 14 de marzo de 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.

---

<sup>136</sup> MARÍN ALONSO, I., *RL*, pp. 703-726.

<sup>137</sup> GARCÍA ROMERO, B., 2011, p. 16. De la segunda opinión es PÉREZ DE LOS COBOS, F., *AL*, pp. 1 y ss.

<sup>138</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *RTSS*, pp. 1 y ss.

– 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 propuesta por Ramos Moragues<sup>139</sup>, 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.

## 6. 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), mediante la celebración de contratos con proveedores especializados<sup>140</sup>. Empleamos aquí el término externalización entendido como la transferencia de una actividad pública a una organización especializada mediante un proceso competitivo que se formaliza en un acuerdo<sup>141</sup>.

<sup>139</sup> RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 362.

<sup>140</sup> ÁLVAREZ ARDERIUS, L., *Auditoría Pública*, pp. 51-58.

<sup>141</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2011, pp. 270 y ss. CANTERO MARTÍNEZ aprecia externalización «cuando la Administración encarga a un sujeto privado la prestación de servicios o la realización de acti-

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 son externalizadas y pasan a ser prestados mediante personal no seleccionado de conformidad con dichos principios.

La externalización de servicios es una opción legítima, prevista en la legislación de contratos<sup>142</sup>, 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 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 salvaguar-*

---

vidades que forman parte de la actividad administrativa o, si se prefiere, de lo que se ha denominado como giro tráfico administrativo (CANTERO MARTÍNEZ, J., DA, pp. 297-334).

<sup>142</sup> Debe mencionarse someramente que la externalización de los servicios públicos y funciones administrativas presenta ciertos peligros, tales como la elección de la externalización como una alternativa a los funcionarios especializados que son menos susceptibles a los intentos de manipulación política, así como la posible corruptela en la adjudicación de los contratos a través de los cuales se produce la externalización, así como las prácticas irregulares que dan lugar a que los órganos judiciales aprecien la existencia de una cesión ilegal de trabajadores por parte de la empresa contratista, que da lugar al reconocimiento judicial de estos trabajadores como trabajadores indefinidos no fijos en la Administración Pública (a modo de resumen, puede verse FUENTETAJA PASTOR, J., 2013, pp. 448 y ss.).

*dia 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 2.<sup>a</sup> 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*». Sin embargo 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<sup>143</sup>. Esta circunstancia, que ya se ha expuesto anteriormente, es determinante del modelo de empleo público (más funcionarizado, más laboralizado, o incluso más privatizado o externalizado), pero no es el objeto de estudio de esta obra<sup>144</sup>.

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

---

<sup>143</sup> Como indica FUENTETAJA PASTOR, a pesar de los numerosos intentos doctrinales por resolver la interpretación del citado artículo 9.2 EBEP, los conceptos empleados por dicho artículo no son susceptibles de una definición abstracta, por lo que serán los órganos judiciales los que, caso por caso, irán identificando si se trata de supuestos reservados al personal funcionario (FUENTETAJA PASTOR, J., 2013, p. 451).

<sup>144</sup> Es de esperar que las nuevas leyes sobre empleo público de las Comunidades Autónomas concreten aún más la reserva funcional del artículo 9.2 EBEP. A este respecto, puede destacarse la reciente delimitación de funciones efectuada en la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura. Esta Ley dispone en su artículo 14 que «*son funciones que implican la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales las siguientes:*

- a) *La instrucción o la elaboración de propuestas de resolución en procedimientos administrativos.*
- b) *El ejercicio de funciones de autoridad, las actividades de inspección, vigilancia, control del cumplimiento de normas o resoluciones administrativas y sanción, el otorgamiento de licencias y la emanación de órdenes de policía.*
- c) *El control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria.*
- d) *La contabilidad.*
- e) *Las de tesorería.*
- f) *La fe pública.*
- g) *La recaudación.*
- h) *La inscripción, anotación, cancelación y demás actos de administración de registros públicos.*
- i) *El asesoramiento legal preceptivo, así como la representación y defensa en juicio de la Administración.*
- j) *Aquellas expresamente establecidas como tales en las leyes.*

*A los efectos de lo previsto en el presente apartado y salvo supuestos excepcionales, se considerará que las funciones instrumentales o de apoyo no participan en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales».*

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 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».

## CAPÍTULO 5

# **GARANTÍAS PARA LA COBERTURA DE LAS NECESIDADES PERMANENTES MEDIANTE PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL FIJO**

### 1. INTRODUCCIÓN

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. 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 RPT y la OEP 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.

En muchos casos se opta por contratar personal temporal para necesidades estructurales, siendo una de las mayores lacras del empleo público en España 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 este Capítulo se analizan las medidas necesarias para evitar la generación de nuevas bolsas de empleo precario más allá de lo 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, porque 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 le 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 Serrano <sup>1</sup>, 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

---

<sup>1</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 85.

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 RPT de la Administración Pública o Ente Público de que se trate, que sean dotadas presupuestariamente y que sean incluidas en la OEP<sup>2</sup>. 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.

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<sup>3</sup>, la cual refleja las plazas de la RPT que están dotadas presupuestariamente para el ejercicio correspondiente. En esta línea, señala Villanueva Puertollano<sup>4</sup> 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 Administración.

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.

---

<sup>2</sup> Ver MOLERO MARAÑÓN, M.<sup>a</sup> L., 1999, pp. 27 y ss., y CORDERO SAAVEDRA, L., 2003, pp. 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., 1986, p. 159). Ver también FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, pp. 146 y ss.

<sup>3</sup> En este sentido, SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 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).

<sup>4</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 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<sup>5</sup>. 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 profesio-*

---

<sup>5</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, p. 37, PÉREZ LUQUE, A., 2005, p. 135, y CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 251.

*nal, los Cuerpos o Escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos».*

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<sup>6</sup>. 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 Yanes<sup>7</sup>, De Vicente Domingo<sup>8</sup> o Moreu Carbonell<sup>9</sup>, le han atribuido naturaleza de reglamento, basándose en su vocación de permanencia indefinida y su generalidad. Por el contrario, otros han atribuido a la RPT naturaleza de simple acto administrativo<sup>10</sup>. Por su parte, la jurisprudencia ha oscilado también presentando una evolución desde la calificación de la RPT como reglamento, hasta su calificación como acto de naturaleza híbrida<sup>11</sup>. Como indica la doctrina, la cuestión tiene importantes efectos prácticos, pues afecta al régimen de impugnación, a las causas de invalidez, y a los efectos sustantivos en general<sup>12</sup>.

Recientemente el Tribunal Supremo ha intentado poner fin a la controversia en sentencia de 5 de febrero de 2014 (reiterada por la de 26 de febrero de 2014), donde concluye que las RPT son un acto y no un reglamento (el cual sí tiene carácter innovador del Ordenamiento Jurídico). Señala la sentencia que «la RPT no es un acto ordenador, sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como

<sup>6</sup> Ver RIVERO LAMAS, J., *REDT*, pp. 607-638.

<sup>7</sup> ARROYO YANES, L. M., 1994, pp. 402 y ss.

<sup>8</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, pp. 45 y ss.

<sup>9</sup> MOREU CARBONELL, E., 2003, p. 433.

<sup>10</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., *RVAP*, pp. 61-84. Ver también MORELL OCAÑA, L., 1996, p. 399, y más recientemente GRIS GONZÁLEZ, J. C., «La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: la doctrina del Tribunal Supremo», *RAD*, pp. 121-134.

<sup>11</sup> Así, el Tribunal Supremo, 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, venía considerando a la RPT como un *tertium genus* a camino entre el reglamento y el acto administrativo (que tendría naturaleza de reglamento a efectos procesales, pero de acto administrativo a efectos sustantivos). Sobre la evolución jurisprudencial puede verse RUIZ LÓPEZ, M. A., «La impugnación jurisdiccional de las relaciones de puestos de trabajo», *RVAP*, pp. 229-237.

<sup>12</sup> Ver RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: *overruling* de la jurisprudencia», *RAD*, pp. 113-125.

es el del personal integrado en ella», añadiendo que el estatuto jurídico del funcionario «viene integrado por la Ley y por sus distintos Reglamentos de desarrollo, y lo único que hace la RPT al ordenar los distintos puestos, es singularizar dicho estatuto genérico en relación con cada puesto». Por tanto, entiende que «la función jurídica de la RPT no es la de ser norma de ordenación general y abstracta de situaciones futuras, sino la de ser un acto-condición», y concluye, «rectificando expresamente nuestra jurisprudencia precedente, que la RPT debe considerarse a todos los efectos como acto administrativo, y que no procede para lo sucesivo distinguir entre plano sustantivo y procesal», aunque estas conclusiones sólo son aplicables a las RPT en el ámbito de la Administración estatal<sup>13</sup>.

Siguiendo a De Vicente Domingo<sup>14</sup> pueden señalarse las siguientes características de la relación de puestos de trabajo:

– 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 modo 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*»<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> La sentencia señala expresamente que «las consideraciones que seguirán están directamente referidas solo a las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Administración del Estado u organismos directamente dependientes de la misma, que son a los que se refiere el artículo 15 Ley 30/1984; por lo que no cabe que de modo apriorístico dichas consideraciones deban ser necesariamente aplicables también a las Relaciones de Puestos de Trabajo de Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, habida cuenta la derogación de los artículos 16 y 17 de la Ley 30/1984 por la Ley 7/2007 (Disposición Derogatoria Única b), y de que, en definitiva, en cualquier intento de categorización de la naturaleza jurídica de las Relaciones de Puestos de Trabajo, u otro instrumento alternativo de ordenación del personal (recuérdese lo dispuesto en el artículo 74 Ley 7/2007) deberá estarse como factor principal para cualquier posible análisis a lo que disponga la Ley de la Función Pública de cada Comunidad Autónoma, dentro de los límites marcados al respecto por la legislación básica del Estado (art. 149.1. 18.ª CE y en concreto los que se derivan en cada caso de lo dispuesto en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, artículos 3 y 6».

<sup>14</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, p. 37.

<sup>15</sup> 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.

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.

Respecto 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 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 RPT [indicando expresamente que están sometidos a la extinción prevista en el art. 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 Puertollano (respecto de los Entes Locales) considera necesario articular un instrumento complementario a la RPT que recoja a todo el personal municipal o provincial que presta sus servicios en puestos no permanentes pero que se integran en la estructura de la Corporación Local <sup>16</sup>.

– La RPT debe ser detallada y concreta, en el sentido de que los puestos de trabajo deben figurar descritos en ella con carácter detallado.

– 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*

<sup>16</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 487. Cita el mencionado autor un supuesto en que algún Ayuntamiento publica documentos de acompañamiento a los presupuestos locales que recogen a estos empleados. *BOP de Guadalajara*, n.º 31, de 13 de marzo de 2009, pp. 74 y 75.

*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 Carbonell<sup>17</sup> criticaba la regulación de la Ley 30/1984 sobre las RPT, que dejaba un amplísimo margen de maniobra a las Administraciones Públicas 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 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 Pública 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*» (arts. 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 Pública 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 indi-

---

<sup>17</sup> MOREU CARBONELL, E., 2003, pp. 398 y 417.

cado, 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 Públicas que han realizado contrataciones de trabajadores sin que el puesto de trabajo figure 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. También se añade que la RPT no es una norma jurídica susceptible de crear derechos y obligaciones para las partes contratantes<sup>18</sup>.

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<sup>19</sup>. 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<sup>20</sup>.

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

<sup>18</sup> GODINO REYES, M., 1996, pp. 165 y ss., y LÓPEZ GÓMEZ, J. M., 1995, pp. 328 y ss.

<sup>19</sup> MOLERO MARAÑÓN, M. L., 1999, pp. 31 y ss.

<sup>20</sup> MOLINER TAMBORERO, G., 2000, p. 54.

que anticipan la identidad exacta de quien va a ser adjudicatario del puesto, tal y como la describe Martín Moreno<sup>21</sup>. 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 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<sup>22</sup>.

### 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 funcionario como laboral. Como indica Pérez Luque<sup>23</sup>, no es posible seleccionar a personal fijo si previamente no se ha publicado la OEP 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 públicos. 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»*.

---

<sup>21</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2006, pp. 50 y ss.

<sup>22</sup> 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 ALBA, E., COELLO MARTÍN, C., y SARMIENTO LARRAURI, J. I., REDA, pp. 131-176.

<sup>23</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, pp. 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.

Añade que la OEP 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 tres años.

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<sup>24</sup>.

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*»<sup>25</sup>. Por tanto, como indica FÉREZ FERNÁNDEZ<sup>26</sup>, 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.

---

<sup>24</sup> Ver en este sentido PALOMAR OLMEDA, A., 2007, p. 525, donde indica que en realidad lo que autoriza la ley es a utilizar varias denominaciones para lo mismo.

<sup>25</sup> 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».

<sup>26</sup> FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2007, p. 524.

Posteriormente, a raíz de la reforma del artículo 18 de la Ley 30/1984 por la Ley 13/1996, la STS de 4 de mayo de 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 Pública «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<sup>27</sup>.

No obstante, parece lógico que si la plaza no se ha cubierto por un concurso de méritos, y tiene dotación presupuestaria, debería figurar en la OEP, para su cobertura por acceso libre o promoción interna<sup>28</sup>, 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*»<sup>29</sup>. 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 que las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de inclusión en la Oferta de empleo público

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Como indica PÉREZ LUQUE, si una plaza está dotada presupuestariamente, y no se va a cubrir, ¿para qué se dota presupuestariamente? (PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 183).

<sup>29</sup> 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).

(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 Olmeda<sup>30</sup>, 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 conexionado 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 Seguido<sup>31</sup> 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 Pública a optar entre la oferta en el plazo, por ejemplo, de un ejercicio, o amortizar el puesto<sup>32</sup>.

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<sup>33</sup>. Así, la STS de 4 mayo 2009 señala que la concreción y 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».

---

<sup>30</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2007, p. 452.

<sup>31</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 173.

<sup>32</sup> DE VICENTE DOMINGO, R., 1997, pp. 10 y ss.

<sup>33</sup> Ver la STS de 25 de junio de 2008.

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 n.º 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 1 de 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 Pública ha suscrito acuerdos en virtud de la negociación colectiva, tiene que cumplirlos<sup>34</sup>. En este sentido, y como indica Rodríguez Escanciano<sup>35</sup>, 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).

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.

---

<sup>34</sup> Así, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Albacete, en sentencia n.º 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».

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, pp. 204 a 206.

Así, debe indicarse en primer lugar que el artículo 10.4 EBEP sí establece la obligación de incluir determinadas plazas vacantes en la OEP. En efecto, 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 5 de esta obra.

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 (art. 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 2010<sup>36</sup>, 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<sup>37</sup>. Así lo entiende Palomar Olmeda, por entender que no es una norma con vocación de permanencia en el tiempo,

---

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> En este sentido, ver la STS de 25 de junio de 2007.

sino que sus efectos se extienden al año en que se publica<sup>38</sup>. Por su parte, Pérez Luque<sup>39</sup>, 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 Pública, según el artículo 70 EBEP, que establece además la obligación de ejecutar la OEP en el plazo máximo de tres 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<sup>40</sup>.

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.

---

<sup>38</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2000, p. 26. Ver también ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 348.

<sup>39</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 177.

<sup>40</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 491.

En todo caso, el EBEP contiene una norma de flexibilización, al permitir aumentar la OEP ya publicada hasta en un 10%.

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<sup>41</sup>. 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%<sup>42</sup>. 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 Olmeda<sup>43</sup>, se ha desarrollado en la práctica un fenómeno de diversificación de Ofertas de empleo público paralelas a la Oferta general de las Administraciones Públicas 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

<sup>41</sup> Ver en este sentido ILDEFONSO HUERTAS, R. M., 2004, p. 348.

<sup>42</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 139.

<sup>43</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2007, p. 450.

ciudadano para plantearse el acceso al empleo público<sup>44</sup>. Y debería incluir también las plazas de nuevo ingreso en las sociedades y fundaciones del Sector Público. En este sentido, entiende Pérez Luque<sup>45</sup> 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 Pública 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<sup>46</sup>.

### 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 dura-

---

<sup>44</sup> Esta previsión vendría acompañada de la reducción del fraccionamiento de los procesos selectivos, en los términos que se exponen en el Capítulo 2 de esta obra.

<sup>45</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 182.

<sup>46</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2005, p. 146.

ción<sup>47</sup>. Así, 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 perpetuación<sup>48</sup> 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<sup>49</sup>. 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 para la elaboración del EBEP<sup>50</sup>:

– 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

<sup>47</sup> 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., *AL*, pp. 39-49.

<sup>48</sup> 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., *PGP*, pp. 271-286).

<sup>49</sup> ROQUETA BUJ, R., 2000, p. 136.

<sup>50</sup> 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., 2003, p. 40).

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<sup>51</sup>.

– Las dificultades, en cuanto a menor flexibilidad, que existen para reordenar los efectivos o movilizar forzosamente a los empleados públicos estables.

– 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<sup>52</sup>.

– 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 eventual<sup>53</sup> 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 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 Puertollano<sup>54</sup> indica que «es imposible no hacer referencia a la mayor facilidad que ofrece a algunos responsables políticos,

---

<sup>51</sup> 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 GUTIÉRREZ, M., 2009 pp. 1 y 26 y ss.).

<sup>52</sup> En particular, dicho *Informe del Consejo Económico y Social de 2004* (pp. 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.

<sup>53</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2006, pp. 70 y ss.

<sup>54</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 111.

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<sup>55</sup>.

El Informe del Consejo Económico y Social de 2004<sup>56</sup> 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 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 de la Administración Local:

- Así, puede citarse la demanda creciente de servicios y las nuevas necesidades provenientes de importantes cambios sociodemográficos (como el

---

<sup>55</sup> 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*, n.º 103, septiembre de 2000.

<sup>56</sup> Informe 3/2004 del Consejo Económico y Social, sobre temporalidad en el empleo en el Sector Público, pp. 80 y ss.

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<sup>57</sup>.

– 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»<sup>58</sup>. 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». Como ha indicado García de Enterría<sup>59</sup>, «ninguna autoridad puede invocar su origen democrático para infringir la Ley: ésta es la esencia misma del Estado de Derecho».

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»<sup>60</sup>.

El excesivo volumen de personal temporal ha provocado una lesión frontal y continua del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad

---

<sup>57</sup> Ver en este sentido OLARTE ENCABO, S., 2007, p. 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.

<sup>58</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 68.

<sup>59</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *RAP*, p. 212.

<sup>60</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 14.

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 colectivo<sup>61</sup> rebajando de forma inadmisibile 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<sup>62</sup>.

La propia Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP señaló en su Informe 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»<sup>63</sup>.

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

---

<sup>61</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 200.

<sup>62</sup> LINS DE LESSA CARVALHO, 2010, p. 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 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, pp. 182 y 183).

<sup>63</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, pp. 90 y 91.

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)<sup>64</sup>.

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 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. 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<sup>65</sup>.

---

<sup>64</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 153.

<sup>65</sup> 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

Asimismo, 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 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<sup>66</sup>. 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 para el 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 Social<sup>67</sup> 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».

---

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.

<sup>66</sup> Ver DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, p. 786.

<sup>67</sup> 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.

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 de Expertos propuso en su Informe que el legislador adoptara las siguientes garantías:

– 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.

– En cuanto a la obligación de incluir en la OEP (del mismo año o del siguiente) las vacantes cubiertas por funcionarios interinos, como indica Sánchez Morón<sup>68</sup>, 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<sup>69</sup>.

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 de procesos de consolidación de empleo temporal.

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 [arts. 15.5 y 52.e), y Disposición Adicional 15.ª 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.

Se analizan a continuación las deficiencias de la normativa básica estatal o de competencia exclusiva del Estado en esta materia, concluyendo sobre su 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.

---

<sup>68</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y OTROS, 2007, p. 37.

<sup>69</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 109.

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*»<sup>70</sup>. El establecimiento expreso de esta obligación por la ley merece una valoración 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.

---

<sup>70</sup> 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*».

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 sustitución de personal funcionario con derecho a reserva de plaza»*<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> 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.

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 sustitución del titular) está directamente relacionada con el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 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 2010<sup>72</sup>, 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 Morón<sup>73</sup>, 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 procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, por verse afectado el reconocido en el artículo 23.2 CE<sup>74</sup>.

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.

---

<sup>72</sup> 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.

<sup>73</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., <http://www.aciaa.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>.

<sup>74</sup> No es objeto de la presente obra 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 OEP, 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.

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 suscritos por el Gobierno para reducir la temporalidad convocando procesos selectivos), bajando al 30% en 2009, 15% en 2010 y 10% en 2011 <sup>75</sup>.

La obligación de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos <sup>76</sup> a partir de la Ley 24/2001 se recogió en las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado <sup>77</sup>, pero indicándose que estas plazas 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 interino <sup>78</sup>, nombrado o contratado a partir de una determinada fecha: en los dos ejercicios anteriores (Leyes 52/2002

---

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> Salvo, aquellos puestos «sobre los que exista reserva de puesto o estén incursos en procesos de provisión», o aquellos puestos, como ya sí dice expresamente la Ley 39/2010, respecto de los cuales» se decida su amortización».

<sup>77</sup> Las Leyes 51/2007, 2/2008 y 2/2009, se refieren, ya vigente el EBEP, al «*personal interino, contratado o nombrado en el ejercicio anterior al que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*». La Ley 39/2010 se refiere a «*los puestos y plazas desempeñados por personal interino por vacante, contratado o nombrado con anterioridad*».

<sup>78</sup> Aunque se excluye los puestos ocupados por interinos si existe una reserva de puesto o están incursos en procesos de provisión.

y 61/2003), en el ejercicio anterior, según las Leyes 2/2004, 30/2005, 42/2006, 51/2007, 2/2008 y 26/2009<sup>79</sup>, y «con anterioridad», según la Ley 39/2010. Como puede observarse, a pesar de estar en vigor el artículo 10.1.a) del EBEP, que obliga a incluir esas vacantes en la OEP, las Leyes de Presupuestos continuaban indicando que dicha obligación tenía como límite el correspondiente porcentaje de la tasa de reposición fijado en dichas Leyes.

Finalmente, las Leyes 2/2012, 17/2012, 22/2013 y 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, 2013, 2014 y 2015, en plena crisis económica, han prohibido (salvo ciertas excepciones que no detallo aquí) la incorporación de nuevo personal. Y, en coherencia con ello, no aluden a la obligación de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos.

Debe destacarse que, desde la Ley 26/2009 sí se excluyeron del límite del porcentaje de la tasa de reposición de efectivos las plazas que estuvieran incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la Disposición Transitoria Cuarta EBEP<sup>80</sup> (aunque, en el contexto de crisis económica, las Leyes 2/2012 17/2012, 22/2013 y 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2012, 2013, 2014 y 2015, establecen expresamente que la limitación sí alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público).

Obsérvese, desde la perspectiva de la necesaria eliminación de los procesos «descafeinados» de consolidación de empleo temporal, lo paradójico que resulta que las Leyes de Presupuestos, antes de la época de crisis económica, parecía que impedían incluir en la OEP las plazas ocupadas por interinos que excedan del límite del porcentaje de la tasa de reposición de efectivos por ellas fijado, y, sin embargo, sí permitían tramitar esos enormes procesos de consolidación de empleo temporal. De esta manera, mientras se consolidan enormes masas de empleo temporal con procesos selectivos en muchos casos poco respetuosos con los principios de mérito y capacidad, sin embargo se impide incluir en la OEP plazas ocupadas por funcionarios interinos de corta duración,

---

<sup>79</sup> 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.

<sup>80</sup> 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.

lo cual provoca que estos interinos se eternicen en esas plazas y que se formen nuevas bolsas de personal temporal de larga duración que pretenderán su consolidación a través de los citados procesos «descafeinados»<sup>81</sup>.

En todo caso, la doctrina se ha mostrado favorable a entender que las plazas ocupadas por funcionarios interinos del artículo 10.2.a) EBP deben incluirse en la OEP sin entenderse sujetas a los límites fijados por las Leyes de Presupuestos. Así, sobre la incidencia de los límites presupuestarios en la obligación de incluir las plazas vacantes en la OEP se ha pronunciado Sánchez Morón<sup>82</sup>, 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 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».

También cita Serrano Pascual la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 2010, que condenó a la Administración autonómica aragonesa a incluir en la OEP de 2007 las plazas ocupadas por personal funcionario interino, en aplicación del artículo 10.1.a) EBEP. Indica este autor que «en realidad, el Tribunal Supremo considera irrelevante la limitación contenida en la LPGE para 2007»<sup>83</sup>. Efectivamente, esta sentencia prescinde de dicha limitación, pero porque no se pronuncia expresamente sobre ella. Por eso resulta también de interés la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 10 de febrero de 2012, que declara la obligación de la Administración Pública aragonesa de incluir en la OEP las plazas vacantes ocupadas por interinos, y que

---

<sup>81</sup> En este sentido, indica Sánchez Morón que «En la práctica, si incluyen, como es legalmente necesario, todas esas plazas vacantes en la oferta de empleo público correspondiente, pero aplicando la tasa máxima permitida de reposición, podrían perder muchos efectivos (se refiere a las Administraciones Públicas). En consecuencia, Gobiernos autonómicos y locales encuentran en ello otro motivo para incumplir la ley, no publicando la oferta de empleo público en ciertos años o aplicando la tasa de reposición solo a las plazas vacantes no desempeñadas por interinos, que son las únicas que, con esos límites cuantitativos, se incluyen en las ofertas de empleo público. El efecto real que ello produce suele ser un incremento del número de empleados en situación de interinidad, pues, por un lado no se reduce el que ya ocupa vacantes y, por otro, se acude con cierta frecuencia a nuevos nombramientos o contrataciones puntuales sin el trámite previo de la oferta de empleo público.

SÁNCHEZ MORÓN, M., <http://www.aciae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>, p. 16.

<sup>82</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., <http://www.aciae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>, pp. 15 y ss.

<sup>83</sup> SERRANO PASCUAL, A., *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 182-198.

indica expresamente que «la administración demandada vulneró el principio de igualdad en el acceso a la función pública, al omitir en la oferta de empleo público la relación de las vacantes cubiertas por personal interino sin que pueda inferirse conclusión distinta de las Leyes de Presupuestos estatal y autonómica». Añade también que no cabe, «que a tenor de la doctrina que emana de la sentencia del Tribunal Supremo referida pueda sostenerse que exista identidad entre la oferta de plazas de nuevo ingreso para el sector público que, como máximo será el 10% de la tasa de reposición de efectivos, con la oferta de empleo público de las plazas cubiertas por personal interino, que con arreglo a los preceptos legales y doctrina enunciada deben ser incluidas (10), sin que la Administración a tenor de lo expuesto pueda aducir motivos económicos y de autoorganización para no dar cumplimiento a lo anterior».

En todo caso, dado que las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han venido estableciendo que el límite impuesto por ellas a las OEP se aplica a las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos, parece interesante también reconducir la cuestión al hecho de que deberían 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 (art. 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 hacerlo (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, estará 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 antigüedad ya generada (salvo que ya haya prestado servicios).

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»<sup>84</sup>. En esta misma línea, Puerta Seguido concluye que la efectividad de la medida dependerá de la mayor o menor voluntad política de aplicarla<sup>85</sup>.

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<sup>86</sup>. Así, los plazos son sistemáticamente incumplidos por las Administraciones Públicas<sup>87</sup>, 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<sup>88</sup>. 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

---

<sup>84</sup> DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., 2006, pp. 283 y ss.

<sup>85</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 201.

<sup>86</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2008, p. 167, y LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 37.

<sup>87</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 154.

<sup>88</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2008, p. 99.

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 Vasca. Sin embargo, nada dicen expresamente leyes autonómicas más modernas sobre el incumplimiento de esta obligación<sup>89</sup>.

– 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 Morón<sup>90</sup> 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 [art. 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 en su redacción originaria no fijó la duración máxima de la interinidad por ejecución de programas. Esto

---

<sup>89</sup> 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, y la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura.

<sup>90</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2008, p. 98.

parecía deberse a que, al tratarse de ejecutar un programa temporal, la interinidad debía tener la duración que éste marcara<sup>91</sup>. 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 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, «*cuan-do 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.

Finalmente, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras Medidas de Reforma Administrativa, ha modificado la

---

<sup>91</sup> 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., *QDL*, pp. 55-86).

letra c) del artículo 10 del EBEP, que ahora sí establece la duración máxima de este tipo de interinidades. Así, dispone que cabe la contratación de funcionarios interinos para «c) la ejecución de programas de carácter temporal, que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto». Esta nueva disposición da mayor seguridad jurídica a la duración temporal de estas interinidades, pero quizás pueda calificarse como un límite demasiado largo, pues permite alcanzar una duración de cuatro años.

En cuanto a la interinidad por exceso o acumulación de tareas, ésta tiene fijado un límite temporal máximo en el EBEP, de seis meses dentro de un periodo de doce meses<sup>92</sup>.

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 límite temporal, se extingue la situación de interinidad, de manera que el funcionario interino debe ser automática e inmediatamente cesado<sup>93</sup>. 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.

---

<sup>92</sup> 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., 2010, pp. 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.

<sup>93</sup> 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.

No obstante, López Gandía y Toscani Giménez<sup>94</sup>, 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<sup>95</sup>.

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 OEP plazas vacantes, de lo que se trata es de cesar al personal interino una vez 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 Bosch<sup>96</sup>, 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 (seis meses) o se

---

<sup>94</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 51.

<sup>95</sup> 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., 2010, p. 53).

<sup>96</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2008, p. 173.

encadenen este tipo de interinidades. Al respecto, indica Boltaina Bosch<sup>97</sup> 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 Puertollano<sup>98</sup> 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.

Debe destacarse que la figura de la interinidad para ejecución de programas y para acumulación de tareas ha sido además flexibilizada por la citada Ley 15/2014, que ha añadido al artículo 10 del EBEP un nuevo apartado 6 que dispone que «*el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas*». Este artículo permite, pues, que el funcionario interino desempeñe funciones en unidades administrativas distintas de la que le nombró, si bien estas unidades administrativas deben atribuirle «*funciones análogas*» y «*dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal*».

#### 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

<sup>97</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2008, p. 174.

<sup>98</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 118.

la contratación laboral temporal (en cuyo caso entra en juego la figura del trabajador indefinido no fijo)<sup>99</sup>, 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 cobertura de la misma<sup>100</sup>. 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<sup>101</sup>. Ciertamente, una norma equivalente a la del artículo 10.4

---

<sup>99</sup> La figura del trabajador indefinido no fijo es objeto de análisis en el apartado 4 del Capítulo 4 de esta obra.

<sup>100</sup> 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 15.ª 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*».

<sup>101</sup> Esta diferencia de regulación entre personal funcionario y personal laboral ha sido criticada por autores como FONDEVILA ANTOLÍN (ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 85).

EBEP sería útil para el caso de contratos laborales temporales de interinidad por vacante sin reserva de puesto.

Pero debe indicarse que existen otros supuestos en los que la contratación laboral temporal 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 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, 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»*.

Sin embargo, esta regla, según la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> 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»<sup>102</sup>. Parte de la doctrina entiende que la excepción del personal investigador respecto del límite máximo de 3 años establecido en el artículo 15.1.a) ET no tiene una verdadera justificación, por lo que constituye un trato discriminatorio injustificado<sup>103</sup>.

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 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

---

<sup>102</sup> 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.

<sup>103</sup> Ver MOLINA NAVARRETE, C., *RTSS*, p. 82, MONTOYA MEDINA, D., *AS*, pp. 157-174, y MORENO GENÉ, J., 2011, pp. 1 y ss.

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 EBEP<sup>104</sup>, 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 eventualidad<sup>105</sup>, y su inclusión ha sido criticada por abrirse «una

---

<sup>104</sup> 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., 2007, p. 84.

<sup>105</sup> 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., 2010, p. 43, BOLTAÑA BOSCH, X., 2008, p. 170 y 171, y DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, M.ª L., RL, pp. 1077-1097.

nueva puerta a la temporalidad al aumentar los supuestos en los que resulta factible la utilización del nombramiento de funcionarios interinos»<sup>106</sup>.

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-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*»<sup>107</sup>. 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

---

<sup>106</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, p. 108, y RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 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., 2007, pp. 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.

<sup>107</sup> 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».

antes de su celebración»<sup>108</sup>. También Sánchez Morón<sup>109</sup> 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 sería fijar por ley una duración máxima a dichas interinidades<sup>110</sup>, 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 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 Giménez<sup>111</sup>, puede señalarse que el EBEP presenta «límites difusos» y que deja en muchos casos a la discrecionalidad de la Administración Pública 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<sup>112</sup>.

- 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 im-

<sup>108</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, p. 48.

<sup>109</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2008, p. 97.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., 2010, pp. 52 y 53.

<sup>112</sup> Aunque esta Directiva solo se refiere al encadenamiento de contratos laborales temporales.

pedir 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<sup>113</sup>.

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<sup>114</sup>.

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 temporales para cubrir el mismo puesto de trabajo<sup>115</sup>, pero, como indica Materras 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 laborales 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.

---

<sup>113</sup> Ver en este sentido LIMÓN LUQUE, M. A., *RT*, pp. 81-112.

<sup>114</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *AS*, 2039-2086.

<sup>115</sup> 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*».

## 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 funcionarial como laboral. 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 4.<sup>a</sup>), 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»*<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Con anterioridad solamente regulaba el encadenamiento de contratos para el mismo puesto de trabajo.

Por tanto, el encadenamiento excesivo de contratos laborales temporales por un mismo trabajador está prohibido por el Estatuto de los Trabajadores. 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 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. Esta regulación de los contratos laborales de interinidad podría plantear dudas acerca 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 más relevante en lo que se refiere al acceso a los empleos públicos, 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 en los que se rebajan las exigencias de 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 Puertollano<sup>117</sup>, 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, señala 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<sup>118</sup>.

---

<sup>117</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, pp. 513 y ss.

<sup>118</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, pp. 115 y ss.

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<sup>119</sup>. 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 art. 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.

En todo caso, debe indicarse que el mecanismo del informe propuesto por la Comisión de Expertos no aclaraba las consecuencias jurídicas que se producen si finalmente, a pesar de emitirse el Informe, la contratación realizada es efectivamente irregular, sino que trataba solamente de la exigencia de responsabilidad disciplinaria, patrimonial o penal de la persona responsable de la contratación irregular, lo cual no constituye un mecanismo efectivo, como ha demostrado la práctica, plagada de contrataciones irregulares. En efecto, en el momento actual el Ordenamiento Jurídico ya prevé sanciones para las personas que, como titulares de órganos administrativos o cargos públicos, vulneran el Ordenamiento Jurídico. Así, existe la figura del delito de prevaricación, así como las infracciones disciplinarias de los empleados públicos. Sin embargo, la aplicación efectiva de estas medidas punitivas requiere la realización de actuaciones procedimentales (procedimiento disciplinario, denuncias, quere-

---

<sup>119</sup> 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 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».

llas, etc.), ocurriendo finalmente que la mera tipificación de infracciones y sanciones no ha frenado las irregularidades cometidas por los gestores públicos en la contratación de personal laboral temporal.

Además, la referencia a la responsabilidad de los órganos gestores no da respuesta al problema que se genera cuando, a pesar de todo, se producen irregularidades en la contratación temporal, en cuyo caso entra en juego la figura del trabajador indefinido no fijo en los términos previstos en la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores, que no cuenta con mecanismos efectivos que hagan que efectivamente dichos puestos de trabajo sean cubiertos de acuerdo con los procedimientos ordinarios o bien sean amortizados.

## 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 art. 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 (art. 23.2 CE) como laborales (art. 14 CE)<sup>120</sup>. Por ello, incluso se ha postulado la desaparición del personal eventual, entendiendo que carece de justificación en un Estado constitucional<sup>121</sup>.

---

<sup>120</sup> Como indica FUENTETAJA PASTOR, el personal eventual es la negación de los principios de mérito y capacidad y de la imparcialidad y objetividad exigidas al funcionario. Por ello este autor entiende que la mención al personal eventual debería desaparecer de las Leyes de Función Pública y regularse dentro de la normativa sobre organización y funcionamiento de los órganos de gobierno de las distintas Administraciones Públicas (FUENTETAJA PASTOR, J., 2013, pp. 401 y ss.)

<sup>121</sup> Ver PÉREZ LUQUE, A., 1998, p. 268, y MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 21. En todo caso, debemos reconocer que, especialmente en niveles superiores de la función pública, existen funcionarios significados políticamente, lo cual hace necesario a los nuevos gobernantes proveerse

Siguiendo a Iturriaga Urbistondo, pueden citarse las siguientes notas características del personal eventual <sup>122</sup>:

- 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. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia admi-

---

de otro personal cualificado de su confianza en puestos estrictamente administrativos cuya provisión pasa necesariamente por criterios de afinidad política (FUENTETAJA PASTOR, J., 2013, pp. 401 y ss.)

<sup>122</sup> ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

nistrativa, 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. Así, 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 Bosch<sup>123</sup>, ha faltado que el EBEP disponga expresamente que los servicios prestados como personal eventual tampoco constituyen mérito para el acceso al empleo laboral<sup>124</sup>.

### 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<sup>125</sup>. En particular, señala Moreno López que es en el ámbito local donde la presencia del personal eventual es mayor, «habiéndose recuperado prácticamente el régimen de cesantía del siglo XIX»<sup>126</sup>.

La propia Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP señaló en su Informe que en algunas Administraciones Públicas, en particular en las Lo-

<sup>123</sup> BOLTAINA BOSCH, X., 2008, p. 192.

<sup>124</sup> 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.

<sup>125</sup> Ver FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, pp. 87 y ss., y CASTILLO BLANCO, F. A., *RARAP*, pp. 97-128.

<sup>126</sup> MORENO LÓPEZ, J. L., 2009, p. 133.

cales, el volumen de personal eventual está creciendo de manera significativa, siendo preciso limitar a sus justos términos el número de cargos o puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por esta clase de personal», 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»<sup>127</sup>.

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 funcionarial 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 personal laboral o funcionario.

Así, indica Fondevila Antolín<sup>128</sup> 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.

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»<sup>129</sup>. 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 o de carácter técnico ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes»<sup>130</sup>.

---

<sup>127</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, pp. 49 y 64.

<sup>128</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, pp. 88 y ss. Ver también ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

<sup>129</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 49.

<sup>130</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 64.

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»<sup>131</sup>, 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 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<sup>132</sup>. Debido a la escasa 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 de 25 de abril de 2008<sup>133</sup> 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 fun-

<sup>131</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 64.

<sup>132</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 102.

<sup>133</sup> Ver también las SSTS de 6 de octubre de 2008 y de 2 de septiembre de 2004.

ciones de que se trate, pudiendo citarse al respecto la 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 Urbistondo<sup>134</sup> 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

---

<sup>134</sup> ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

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 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<sup>135</sup>. 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<sup>136</sup>. 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».

<sup>135</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 179.

<sup>136</sup> ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

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 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<sup>137</sup>.

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<sup>138</sup>.

---

<sup>137</sup> En este sentido, puede verse SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 101, ALMOACID LAMELAS, V., 2008, p. 315, y MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 179.

<sup>138</sup> 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.

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 15.<sup>a</sup> 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 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.

A este respecto, 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<sup>139</sup>.

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<sup>140</sup>. 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 Loca-*

<sup>139</sup> Estas cuestiones se analizan con más detalle en el apartado 3.3.1.c) del presente capítulo.

<sup>140</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, L., AJA, p. 5.

*les, determinarán el número del 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 claridad las funciones propias del personal eventual y las que corresponden al personal directivo»*<sup>141</sup>.

– *«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»*<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 64.

<sup>142</sup> Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP, 2005, p. 65.

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, cabe destacar lo siguiente respecto de su artículo 12:

– 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 son bienvenidas, pero 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<sup>143</sup>. Así, según Sánchez Morón<sup>144</sup>, 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<sup>145</sup>. Se analizan a continuación los distintos aspectos necesitados de reforma.

#### 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 técni-

<sup>143</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *AJA*, p. 5.

<sup>144</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 101.

<sup>145</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., y MOLINA NAVARRETE, C., 2008, p. 32. Y no todas las leyes autonómicas sobre empleo público realizan aportaciones en este aspecto, como sucede con la reciente Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que básicamente reproduce lo dispuesto en el artículo 12 EBEP.

co ni al desempeño de puestos de trabajo estructurales y permanentes». Por tanto, sería necesario que el artículo 12 EBEP dispusiera 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 debería establecer expresamente que el personal eventual tampoco podrá realizar funciones propias del personal directivo<sup>146</sup>.

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 la 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<sup>147</sup>. El nuevo artículo 104.bis de la Ley 7/1985 (introducido por la Ley 27/2013) dispone que «*el personal eventual al que se refieren los apartados anteriores tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado. Solo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico*».

## 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 efec-

---

<sup>146</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley de empleo público de Galicia, publicado en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» n.º. 397, de 30 de diciembre de 2014, intenta dar mayor claridad a las tareas que puede realizar el personal eventual, disponiendo que:

«A los efectos previstos en este artículo, se entiende por funciones de confianza o asesoramiento especial aquéllas en las cuales concurren las siguientes circunstancias:

a) Asesoramiento vinculado al desempeño y formulación de estrategias y propuestas de actuación o difusión en el ámbito de las competencias de las autoridades que efectuaron el nombramiento o de apoyo que suponga una colaboración de carácter reservado.

b) No estar reservadas al personal funcionario.

c) Especial dedicación y disponibilidad horaria.

*El personal eventual en ningún caso puede realizar actividades ordinarias de gestión o de carácter técnico, ni ninguna de las funciones que corresponden al personal funcionario de carrera.*

<sup>147</sup> FUENTETAJA PASTOR, J. A., 2012, pp. 75 y ss. También SERRANO PASCUAL entiende que «los partidos políticos han de poder estar en condiciones de apoyar políticamente a sus representantes, con carácter *staff*, en las siguientes instituciones, de una manera muy excepcional y reducida en el caso de las grandes corporaciones, y tener los oportunos medios humanos y materiales en ellas, pero estos instrumentos deben ser ajenos a la estructura administrativa, sin ningún tipo de relación jurídica o económica con la Administración». Y partiendo de que la mayor financiación que a tales efectos precisaran los partidos políticos, deberá ser con plena transparencia (SERRANO PASCUAL, A., *Cuadernos de derecho local*, p. 56, y *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, pp. 590 y ss.).

tos, 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 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*». Por su parte, 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<sup>148</sup>.

En esta línea, la ley podría fijar un baremo de máximos, en cuanto al número máximo de personal eventual, utilizando variables tales como el tipo de Administración Pública de que se trate, criterios objetivos de población, circunstancias socio-económicas del entorno y otras circunstancias de carácter administrativo». Recientemente se ha producido alguna novedad legislativa en este sentido, especialmente en el ámbito de la Administración Local, donde la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ha introducido en la Ley 7/1985 un nuevo artículo 104 bis que dispone lo siguiente:

---

<sup>148</sup> MORENO LÓPEZ, J. L., 2009, pp. 133 y ss.

«1. *Las dotaciones de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en los Ayuntamientos deberán ajustarse a los siguientes límites y normas:*

a) *Los Municipios de población entre 2.000 a 5.000 habitantes podrán excepcionalmente contar con un puesto de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual cuando no haya miembros de la corporación local con dedicación exclusiva.*

b) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 5.000 y no superior a 10.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de uno.*

c) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 10.000 y no superior a 20.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de dos.*

d) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 20.000 y no superior a 50.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de siete.*

e) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 50.000 y no superior a 75.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder de la mitad de concejales de la Corporación local.*

f) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 75.000 y no superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder del número de concejales de la Corporación local.*

g) *Los Ayuntamientos de Municipios con población superior a 500.000 habitantes podrán incluir en sus plantillas puestos de trabajo de personal eventual por un número que no podrá exceder al 0,7 por ciento del número total de puestos de trabajo de la plantilla de las respectivas Entidades Locales, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas.*

2. *El número de puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual en las Diputaciones provinciales será el mismo que el del tramo correspondiente a la Corporación del Municipio más poblado de su Provincia. En el caso de los Consejos y Cabildos insulares, no podrá exceder de lo que resulte de aplicar el siguiente criterio: en las islas con más de 800.000 habitantes, se reduce en 2 respecto al número actual de miembros de cabildo,*

y, en las de menos de 800.000 habitantes, el 60% de los cargos electos en cada Cabildo o Consejo Insular.

3. *El resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual*<sup>149</sup>.

6. *El Presidente de la Entidad Local informará al Pleno con carácter trimestral del cumplimiento de lo previsto en este artículo*<sup>150</sup>.»

Como indica Fuentetaja Pastor<sup>151</sup>, la reforma es cualitativa, ya que limita la existencia del personal eventual solamente a los Municipios, Diputaciones, Consejos y Cabildos insulares, no en el resto de Entidades Locales ni en sus Organismos dependientes, así como, en general, este personal solamente podrá ser asignado a los servicios generales de las Entidades Locales<sup>152</sup>.

Asimismo, 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 por tanto 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 Pú-

<sup>149</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley de empleo público de Galicia, publicado en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» nº. 397, de 30 de diciembre de 2014, dispone que «*las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico no pueden nombrar personal eventual*».

<sup>150</sup> La Disposición Transitoria Décima de la Ley 27/2013 regula la aplicación de las limitaciones referidas al número de personal eventual y cargos públicos con dedicación exclusiva, disponiendo lo siguiente: «*1. A las Entidades Locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y además su período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto de la normativa de morosidad, no les aplicará, con carácter excepcional, los límites previstos en los artículos 75 bis y ter y 104 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local hasta el 30 de junio de 2015 (...)*».

3. *La excepción prevista en esta disposición podrá aplicarse a las Entidades Locales que cumplan con los requisitos mencionados en el apartado primero en el momento de la entrada en vigor de esta Ley y se mantendrá su aplicación hasta el 30 de junio de 2015 en tanto sigan cumpliendo los requisitos mencionados.*

4. *En ningún caso, las Entidades Locales en las que concurran los requisitos a los que se refiere esta disposición, podrán incrementar el número total de puestos de trabajo de personal eventual o cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012.*

<sup>151</sup> FUENTETAJA PASTOR, J., 2014, p. 56.

<sup>152</sup> Autores como SERRANO PASCUAL han considerado que esta medida, aún constituyendo un avance, «no resuelve la raíz del problema, ni establece unos límites más asumibles de personal eventual en las entidades locales, evidenciando cómo, en el conjunto de las Administraciones Públicas, pero también en las Cortes Generales, en los Parlamentos autonómicos, en el Tribunal Constitucional, en el Consejo General del Poder Judicial o en el Tribunal Supremo, se ha incrustado esta figura, que no tiene base constitucional, y que es claramente contraria al principio de igualdad de oportunidades» (SERRANO PASCUAL, A., *Cuadernos de derecho local*, p. 56).

blico 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 personal eventual.

En definitiva, es la ley la que debería establecer (para todas las Administraciones Públicas y Entidades del Sector Público) criterios bien acotados para fijar dicho número máximo. Así, como legislación básica, el EBEP debería establecer que por ley (estatal o autonómica) se fijase el número máximo de personal eventual, y, para el caso de que no se fije, el EBEP debería establecer subsidiariamente 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.

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 lo previsto en el artículo 104.3 de la Ley 7/1985, según el cual los nombramientos de personal eventual<sup>153</sup>, 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<sup>154</sup>. Curiosamente, el nuevo artículo 104 bis de dicha Ley 7/1985 (introducido por la Ley 27/2013) añade que «las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual», lo cual constituye una regla de publicidad interesante, pero que no da tanta información como la exigida por el artículo 104.3.

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 contrario al principio de transparencia de la actividad administrativa, tal y como se expone en el Capítulo 6 de esta obra. Como mucho, sería admisible mantener el secreto en caso de nombramientos relacionados con supuestos muy excepcionales y justificados, como la Seguridad Nacional, debiendo estar estos supuestos fijados en la ley. Refiriéndose a la

<sup>153</sup> Dicho artículo 104.3 se refiere a los funcionarios de empleo, pero en esta categoría se incluía al personal eventual por la doctrina.

<sup>154</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *AJA*, p. 5.

regla de publicidad de los nombramientos del artículo 104.3, señala Iturriaga Urbistondo<sup>155</sup> 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 citarse el Acuerdo del Govern catalán de 18 de enero de 2011 (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* n.º 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/?vgnextoid=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<sup>156</sup>.

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,

---

<sup>155</sup> ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

<sup>156</sup> 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.

comparándolo con el de los dos ejercicios anteriores. Así como incluir en dicha Web el listado de personal eventual de cada Administración Pública, con identidad y retribuciones individuales<sup>157</sup>. 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 obra (capítulo 5) 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, 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 nuevo artículo 104.bis de la Ley 7/1985 dispone que *«las Corporaciones locales publicarán semestralmente en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual»*. 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 RPT de las Administraciones Públicas. Al respecto, Larios Risco<sup>158</sup>, 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

<sup>157</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, L., AJA, p. 5.

<sup>158</sup> LARIOS RISCO, D., 2009, p. 144.

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 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».*

Y el nuevo artículo 104 bis de la Ley 7/1985 dispone que *«el personal eventual al que se refieren los apartados anteriores tendrá que asignarse siempre a los servicios generales de las Entidades Locales en cuya plantilla aparezca consignado. Solo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la Entidad Local, si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico».*

En definitiva, y para favorecer el control sobre el volumen y la regularidad del personal eventual, sería 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 <sup>159</sup>.

#### 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*

---

<sup>159</sup> FERNÁNDEZ DELPUECH, L., AJA, p. 5.

*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 Urbistondo<sup>160</sup>, «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 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 24 de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015, 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 20.Cinco.2 de esta Ley y del complemento de destino mensual que se perciba»*).

También añade en su apartado 5 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*

---

<sup>160</sup> ITURRIAGA URBISTONDO, F. J., *Noticias Jurídicas*, pp. 1 y ss.

*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 <sup>161</sup>

Los contratos administrativos de servicios, cuando se celebran con personas físicas, plantean la cuestión de su distinción con el contrato laboral <sup>162</sup>. 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 <sup>163</sup>.

El Estatuto Básico del Empleado Público 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 labo-

---

<sup>161</sup> El presente apartado recoge, de forma resumida y con las correspondientes actualizaciones, las conclusiones alcanzadas en el trabajo «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario», elaborado por FERNÁNDEZ DELPUECH, L., y RECUERDA GIRELA, M. A., publicado en *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, 2012, pp. 49-92.

<sup>162</sup> 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 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.

<sup>163</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, p. 50.

ral, 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, como ya se ha indicado.

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 (arts. 275.1 y 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), y el artículo 9.2 del EBEP 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<sup>164</sup>.

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 1964<sup>165</sup> 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. La regulación reglamentaria de esta figura le atribuía carácter temporal, pero los contratados encadenaban contratos y se generó una gran bolsa de personal contratado<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> 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., *Cuadernos Económicos de ICE*, pp. 7-18, y JIMÉNEZ ASENSIO, R., 1989, pp. 424 y ss.).

<sup>165</sup> Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

<sup>166</sup> CAMARERO GIL, A., *El País*, 21 de enero de 1982.

Lo que sí ha dejado claro el Tribunal Constitucional en la sentencia 5/1982<sup>167</sup>, de 8 de febrero, es que «el carácter excepcional de la contratación administrativa (...), consagrado en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado<sup>168</sup> 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 vía<sup>169</sup> 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».

### 3.3.1 *La contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral*

#### A) Criterios de delimitación entre el contrato administrativo y el contrato laboral

En primer lugar, 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 sería la propia Administración Pública contratante la que elige el régimen jurídico aplicable, dependiendo 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 Trabajadores<sup>170</sup> entra en juego cuando el contrato adminis-

---

<sup>167</sup> Que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de la Generalidad de Cataluña 4/1981, de medidas urgentes sobre la función pública.

<sup>168</sup> Que era la normativa estatal vigente en aquel momento.

<sup>169</sup> Acceso como funcionario interino o como contratado administrativo.

<sup>170</sup> 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*».

trativo se realiza incurriendo en una flagrante desviación del cauce legal previsto, tal y como señala la STS de 18 de febrero de 1999<sup>171</sup>.

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 (introducido por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado), en segundo lugar los contratos administrativos para trabajos específicos (previstos también en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y mantenidos por la Ley 30/1984) y posteriormente los contratos de consultoría y asistencia técnica (regulados en la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas).

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<sup>172</sup>. 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 pudieran atender los funcionarios y laborales<sup>173</sup>. 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<sup>174</sup>.

Finalmente, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, suprimió 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» (art. 10 del vigente Texto Re-

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> 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».

<sup>173</sup> SSTS de 13 de abril de 1989, 19 de setiembre de 1996 y 20 de octubre de 1998, entre otras.

<sup>174</sup> Ver las SSTS de 2 de febrero y 19 de junio de 1998, entre otras.

fundido 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<sup>175</sup>. 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. Así, como indica Menéndez Sebastián<sup>176</sup>, 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 atribuía 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<sup>177</sup>. 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 éstos<sup>178</sup>.

Según Rodríguez Escanciano, con la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público se 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<sup>179</sup>.

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

---

<sup>175</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., 2009, p. 255.

<sup>176</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., AS, pp. 825-846.

<sup>177</sup> Cuando no existieran Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tuvieran la preparación específica necesaria para su desempeño.

<sup>178</sup> MORA MATEO, J. E., 2004, pp. 135 y ss.

<sup>179</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., AS, pp. 33-42, y 2010, p. 100.

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<sup>180</sup>. 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».

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 partes<sup>181</sup>, 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, debe indicarse 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, puede citarse la STS de 2 de febrero de 1998<sup>182</sup>. En todo caso, y siguiendo a Sempere Navarro y Quintanilla Navarro<sup>183</sup>, 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, y el contrato de trabajo para la realización de una obra o servicio determinado.

<sup>180</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., AS, pp. 33-42.

<sup>181</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., AS, pp. 985-998.

<sup>182</sup> Ver las SSTs de 18 de junio de 1991 y 2 de febrero de 1998.

<sup>183</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., AS, pp. 985-998.

La doctrina también viene señalando que en los contratos administrativos, frente a los laborales, se contempla fundamentalmente un resultado, no una actividad en sí misma<sup>184</sup>, y que, a diferencia de los contratos laborales, han de tener por objeto actividades excepcionales y no habituales de la Administración<sup>185</sup>. 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, 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. Sin embargo, la citada autora concluye que «esta afirmación no tiene aún reflejo normativo» y que en la práctica parece difícil hacer viable tal obligación de habilitar los puestos de personal funcionario o laboral<sup>186</sup>.

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<sup>187</sup>. 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.

Cuáles sean los criterios objetivos que ponen de manifiesto la dependencia y ajeneidad es una cuestión 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 circunstancia de que el prestador del servicio no tenga más clientes al margen de la Administración

---

<sup>184</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., 2004, p. 76.

<sup>185</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., 2004, p. 76.

<sup>186</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2009, p. 431.

<sup>187</sup> 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».

contratante <sup>188</sup>, 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, o se somete a instrucciones en régimen de subordinación, o realiza el servicio en la sede administrativa con sometimiento al horario del personal laboral o funcionarial, o se le reconocen períodos de descanso y vacaciones propios del personal laboral o funcionarial <sup>189</sup>.

En conclusión, la cuestión depende de que la persona que presta el servicio tenga una organización empresarial o profesional propia 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 <sup>190</sup>.

En definitiva, sí existe un criterio que determina cuándo procede el contrato laboral y cuándo procede el contrato administrativo de servicios, y que 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, y que dispone 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 Pública no es libre para configurar una relación y denominarla como contrato administrativo, si realmente presenta las características propias de una relación laboral <sup>191</sup>. 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 <sup>192</sup>. Así, el hecho de que

---

<sup>188</sup> 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.

<sup>189</sup> SSTs de 2 de febrero, 27 de abril, 15 y 24 de septiembre y 4 de diciembre de 1998.

<sup>190</sup> CORDERO SAAVEDRA, L., 2003, p. 140.

<sup>191</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, pp. 49-92.

<sup>192</sup> Entre otros, ver SEMPERE NAVARRO, A. V., 2004, p. 78.

el contratado emita facturas con IVA y 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 Pública 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<sup>193</sup>. De acuerdo con la profesora Roqueta Buj se pueden 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<sup>194</sup>; y *b)* Realización de funciones permanentes y habituales, propias de la actividad normal y permanente de la Administración Pública, mediante contratos administrativos<sup>195</sup>.

En todo caso, como indica Menéndez Sebastián<sup>196</sup>, 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, porque la legislación sobre contratación administrativa tiene por finalidad cubrir necesidades de tipo ocasional.

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<sup>197</sup>. En esta línea, el Informe de la Intervención General del a Comunidad Autónoma de Madrid, de 13 de julio de 2010, relativo a la posibilidad de

---

<sup>193</sup> Cosa distinta son los límites de la externalización de servicios.

<sup>194</sup> SSTs de 23 de octubre de 1986, 2 de febrero de 1994 y 24 de abril de 1997.

<sup>195</sup> SSTs de 2 de febrero de 1998 y 21 de enero de 1999. Puede citarse también a la STS de 17 de octubre de 2006, que, 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.

<sup>196</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., AS, pp. 825-846.

<sup>197</sup> MORENO MOLINA, J. A., 2000, p. 664, y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2005, p. 191.

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 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 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 (reconocidos 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 Adminis-

tración Pública sin haber superado el correspondiente proceso selectivo (que se exige incluso para la contratación de laborales temporales) <sup>198</sup>.

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 <sup>199</sup>.

C) Consecuencias jurídicas de la contratación administrativa en fraude del Derecho Laboral: aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo

Cuando la Administración Pública utiliza un contrato administrativo para encubrir una relación laboral, si el trabajador acude a los órganos judiciales del orden social, éstos van a declarar que existe 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 <sup>200</sup>. 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 Es-

---

<sup>198</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, p. 64.

<sup>199</sup> 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., *DA*, p. 45).

<sup>200</sup> 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». Pero este artículo no resuelve el supuesto aquí planteado, habiendo sido considerado insuficiente (ver BORRAJO DACRUZ, E., *AL*, pp. 625-656, y TOLIVAR ALAS, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.<sup>a</sup>, *RAP*, pp. 55-88.).

tatuto 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<sup>201</sup>.

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 [arts. 15.1.a), 15.2, 15.3, 15.5 y 49.1c)], resultando aplicable la figura jurisprudencial del trabajador indefinido no fijo, que ha sido objeto de comentario en el capítulo 4 de esta obra.

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 Sebastián<sup>202</sup> estiman conveniente analizar en qué medida esta doctrina es aplicable a la contratación administrativa que encubre relaciones laborales, si bien debe indicarse ya que la jurisprudencia sí la viene aplicando<sup>203</sup>. Aunque parece que 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 Martínez<sup>204</sup> 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, tendrá lugar 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 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 efecti-

<sup>201</sup> SEMPERE NAVARRO, A. V., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., 2003, p. 28.

<sup>202</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., AS, pp. 825-846.

<sup>203</sup> 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).

<sup>204</sup> NICOLÁS MARTÍNEZ, H. E., 2009, p. 248.

vamente 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 15.<sup>a</sup> 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<sup>205</sup>.

Sin embargo, parte de la doctrina<sup>206</sup> se ha 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 irregularmente celebrados (al no haberse respetado los principios 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,

---

<sup>205</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, pp. 75 y 76.

<sup>206</sup> PALOMAR OLMEDA, A., *AS*, pp. 2600-2605, y NICOLÁS MARTÍNEZ, H. E., 2009, pp. 242 y 243.

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 sería 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. Y precisamente 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 ha tenido reflejo en algunas resoluciones judiciales, tales como las sentencias del Juzgado de lo Social n.º 7 de Valencia de 10 de julio de 1998 y del Juzgado de lo Social n.º 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<sup>207</sup>. Por tanto, no aplica la figura del trabajador indefinido no fijo.

Incluso el Juzgado de lo Social n.º 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*

---

<sup>207</sup> 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., AS, pp. 2676-2681).

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.

*la omisión del procedimiento selectivo ordenado para el acceso al empleo público*». En tales casos, entiende el Juzgado que no procedería convalidar la contratación como de duración indefinida, sino declararla nula e ineficaz<sup>208</sup>.

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 (art. 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 inconstitucionalidad<sup>209</sup>, 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 acceso y permanencia en la función pública sin condiciones de igualdad y sin respetar los principios de mérito y capacidad», concluyendo que «a

---

<sup>208</sup> 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.

<sup>209</sup> 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 denuncia (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 (...)».

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<sup>210</sup>. En conclusión, no cabe aplicar la figura del trabajador indefinido no fijo:

---

<sup>210</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, p. 79.

## ■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

– 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 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<sup>211</sup>.

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 el puesto (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, entiendo que sería necesario que la ley estableciera 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. Ello comportaría la no aplicación de la figura del trabajador indefinido no fijo al caso de los contratos laborales encubiertos bajo la forma de contratos administrativos de servicios. Y la consecuencia siguiente a dicha declaración de nulidad sería el cese inmediato de la persona afectada, sin derecho a indemnización, pues lo que procedería es la indemnización por daños y perjuicios prevista en el artículo 9 del Estatuto de los Trabajadores.

---

<sup>211</sup> 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.

### 3.3.2 *La contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario*

#### A) Irregularidades derivadas de la contratación administrativa para funciones reservadas al personal funcionario

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<sup>212</sup>.

---

<sup>212</sup> No es posible profundizar en la presente obra 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.

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 funcional 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<sup>213</sup>. En relación con el artículo 15 de la Ley 30/1984, autores como Godino Reyes<sup>214</sup> 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.

Al respecto, y para el caso de que el prestador del servicio exija que se le reconozca la condición de laboral, Menéndez Sebastián<sup>215</sup> 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 Pública 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<sup>216</sup>.

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

---

<sup>213</sup> Ver MARTÍNEZ DE VIÉRGOL, A., 2001, p. 601.

<sup>214</sup> GODINO REYES, M., *REDT*, pp. 41-74.

<sup>215</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2001, p. 175.

<sup>216</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2001, p. 176.

complicado admitir 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<sup>217</sup>.

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 funciones<sup>218</sup>.

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 interino<sup>219</sup>. 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, sería necesario que el legislador procediese 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 (además de que sería nula también por haberse creado una relación laboral encubierta sin haberse tramitado el correspondiente proceso selectivo para celebrar el contrato laboral temporal correspondiente, como se ha indicado).

### 3.3.3 *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.

---

<sup>217</sup> En contra del uso de la figura de la interinidad laboral para cubrir provisionalmente puestos administrativos, puede citarse a CAMPS RUIZ, L. M., 1990, p. 60.

<sup>218</sup> RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, p. 85. También LIMÓN LUQUE, M. A., *RT*, pp. 81-112.

<sup>219</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., 2001, p. 179.

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 Pública 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<sup>220</sup>, tratándose de una relación de dependencia y ajeneidad.

Es posible que en estos casos 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 obra 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 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 estabi-

---

<sup>220</sup> Sobre el levantamiento del velo de las sociedades mercantiles interpuestas, puede citarse, en el ámbito del Derecho Administrativo, a ORTIZ VAAMONDE, S., 2004, GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., *REALIA*, pp. 361-400, y RECUERDA GIRELA, M. A., 2012, pp. 10 y ss.

alidad 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»*<sup>221</sup>.

---

<sup>221</sup> En relación con lo expuesto, 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»*. Es muy adecuada esta previsión, para asegurar que la empresa adjudicataria no es un velo interpuesto, y así deberá exigirse textualmente en la normativa con rango de ley.

También 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*

#### 4. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Las deficiencias de la normativa vigente expuestas en los párrafos anteriores harían necesaria la adopción de medidas de *lege ferenda* como las que se exponen a continuación <sup>222</sup>:

1) El EBEP, como mínimo, 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, porcentaje máximo que no debería ser nunca superior al 8% global. Y para el caso de que el Ente afectado no fije dicho porcentaje máximo, el EBEP debería establecer subsidiariamente la aplicación de dicho porcentaje del 8%. También debería el EBEP indicar expresamente que, alcanzado dicho porcentaje máximo, no se podrán realizar nuevas contrataciones ni nombramientos de empleados públicos temporales, y disponer expresamente que tales nombramientos excesivos, en caso de realizarse, serán radicalmente nulos comportando el cese inmediato de las personas así contratadas o nombradas.

2) La ley debería establecer reglas para evitar la perpetuación de una misma persona en el mismo puesto de trabajo, nombramiento o contrato, más allá del límite legal temporal máximo. Así:

– Debería reformarse el EBEP en el sentido de ordenar que los procesos selectivos se tramiten dentro del plazo de los seis meses siguientes a la publicación de la Oferta de empleo público (el plazo actual es de tres años, como se ha indicado).

– En relación con la obligación del artículo 10.4 EBEP de incluir las plazas vacantes ocupadas por funcionarios interinos en la OEP o amortizarlas, el EBEP debería referirse no solamente a la OEP, sino aclarar más detallada-

---

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.

<sup>222</sup> 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 funcional de que se trate.

mente que deberán ser incluidas necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal funcionario o en la primera OEP que se apruebe o en la siguiente (ya sea para funcionarios de nuevo ingreso o para promoción interna), o ser amortizadas. Y también debería aclarar expresamente que si algunas plazas vacantes no pueden incluirse en la OEP por causa de los límites cuantitativos impuestos a la OEP por la Ley General de Presupuestos del Estado, entonces tales plazas deberán ser amortizadas.

Pero sabemos que es posible que la Administración Pública no cumpla la obligación establecida en el artículo 10.4 EBEP, por lo que sería necesario que la ley fijara adicionalmente un tope temporal a estas interinidades por vacantes, pues además puede resultar complejo averiguar respecto de qué interinidades se ha incumplido la obligación, o cuándo debe entenderse incumplida dicha obligación. Por ello, sería más efectivo que se añadiera 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 debería establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el documento administrativo que recoge el nombramiento del funcionario interino.

– La ley debería 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 (actualmente, el EBEP prevé una duración máxima de tres años, ampliable por otro más). Y, en todo caso, la ley debería establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el documento administrativo que recoge el nombramiento, y que se producirá el cese automático del funcionario interino cuando transcurra la citada duración máxima.

– 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 relación con el contrato laboral temporal de interinidad por vacante, 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 primera OEP que se apruebe o, si no es posible, en la siguiente, o en el inmediato proceso de cobertura interna, o bien ser amortizadas<sup>223</sup>.

---

<sup>223</sup> En esta línea, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, sí dispone en su artículo 29 que «las plazas vacantes desempeñadas por personal laboral con contrato de interinidad deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce

Y, por los mismos motivos expuestos para los funcionarios interinos, la ley debería imponer en todo caso una duración máxima a la interinidad laboral por vacante. Así, el EBEP debería establecer que 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 debería establecer también que estos límites temporales deberán ser expresados en el contrato laboral de interinidad. 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.

Esta propuesta legal provocaría la extinción del contrato laboral del interino sin que hubiese llegado su término normal (la cobertura de la plaza, o según el Real Decreto 2720/1998, el transcurso del plazo que resulte de aplicación en los procesos de selección en las Administraciones públicas). Actualmente, la STS de 24 de junio de 2014 ha reconocido la aplicación de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores cuando el interino es cesado por amortización de la plaza que ocupa (que no se cubre entonces), especialmente por tener en cuenta dicho Tribunal la nueva disposición adicional vigésima del Estatuto de los Trabajadores, sobre aplicación del despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el Sector Público. Sin embargo, la ley podría establecer un plazo de duración máximo de dos años a las interinidades por cobertura de vacante, de manera que la extinción de la interinidad por el transcurso de dos años no constituiría un despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En relación con los contratos laborales temporales para ejecución de programas temporales, y sin perjuicio de las medidas que más adelante se proponen, sería conveniente que las leyes sobre empleo público contuvieran una previsión similar a la del artículo 33.4 de la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, que dispone que *«agotado el plazo autorizado para la ejecución de los programas de carácter temporal, en caso de que persista la necesidad que motivó la aprobación de dicho programa, deberá promoverse la oportuna modificación de la relación de puestos de trabajo*

---

*su nombramiento o contratación o, si no fuera posible, al inmediatamente posterior, salvo que se decida su amortización».*

Por su parte, el Proyecto de Ley de empleo público de Galicia, publicado en el «Boletín Oficial del Parlamento de Galicia» n.º 397, de 30 de diciembre de 2014, también señala que *«los puestos vacantes cubiertos mediante la contratación de personal laboral temporal se incluirán en la primera oferta de empleo público que se apruebe luego de esa contratación y en los siguientes concursos de traslados, salvo que se disponga su amortización».*

*correspondiente para garantizar la adecuada prestación de los servicios por parte del personal funcionario de carrera o laboral fijo a través de la creación de los puestos de trabajo que correspondan».*

– En el caso de los trabajadores que, por irregularidades en la contratación temporal, se convierten, por obra de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores, en personal laboral indefinido no fijo, ya se ha indicado que esta Disposición Adicional establece que la Administración Pública tiene la obligación de proceder a la cobertura de esos puestos de trabajo a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable. Sin embargo, como también se ha indicado, el EBEP no contiene mecanismos eficaces que aseguren que se procede a esa cobertura de las plazas ocupadas por estos trabajadores indefinidos no fijos, por lo que, *de facto*, se acaban consolidando o permaneciendo *ad eternum*.

Lo expuesto hace necesario que el EBEP establezca 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 (modificando la RPT), y que la plaza ocupada por este trabajador deberá ser incluida necesariamente en la primera convocatoria de provisión de puestos de trabajo entre personal laboral fijo o en la primera OEP que se apruebe (o en la siguiente si no fuera posible), o bien ser amortizada<sup>224</sup>.

Además, la ley podría aclarar expresamente que, en el momento en que la plaza sea cubierta por dichos mecanismos o sea amortizada, quedará automáticamente extinguida dicha relación laboral, sin que sean aplicables los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores. Esta solución podríamos considerarla acorde con la Directiva 1999/70/CE, que, según reitera la jurisprudencia del TJUE, no obliga necesariamente a convertir en fijos los contratos laborales

---

<sup>224</sup> 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 funcionarial 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, 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».*

También la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, sí dispone en su artículo 29 que *«las plazas vacantes desempeñadas por personal laboral indefinido no fijo deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento o contratación o, si no fuera posible, al inmediatamente posterior, salvo que se decida su amortización».*

encadenados. Asimismo, esta nueva normativa no sería regresiva en el sentido prohibido por la cláusula 8.3 de la citada Directiva, porque el efecto práctico que tiene, que es la cobertura del puesto conforme los procedimientos ordinarios, ya había sido reconocido por la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> ET.

Es relevante que la ley declare que no son aplicables los artículos 51 y 52 ET, porque su aplicación exigiría, para poder extinguir las relaciones laborales indefinidas no fijas, acreditar que se da alguna de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción previstas en dichos artículos, lo cual dificultaría el cese del trabajador indefinido en un tiempo razonable, que es lo que procede en aplicación de los principios de mérito y capacidad. Otra cosa sería que la nueva regulación vaya acompañada por el reconocimiento de una indemnización por cese, para entender que así existen las medidas alternativas equivalentes exigidas por la mencionada Directiva.

Asimismo, y para evitar que el trabajador indefinido no fijo se eternice cuando la Administración Pública ni cubre ni amortiza la plaza, la ley también debería establecer el mismo plazo límite de 2 años (contados desde la declaración judicial o administrativa de indefinición del contrato) para cesar automáticamente al trabajador, tal y como se ha propuesto para los funcionarios interinos y los laborales temporales. Esto significaría no aplicar el despido por causas objetivas de los artículos 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores (que es la solución que postula el Tribunal Supremo desde su sentencia de 24 de junio de 2014 cuando se amortizan las plazas ocupadas por trabajadores indefinidos no fijos), y precisamente por ello, sería conveniente que la ley reconociera una indemnización por este cese al trabajador indefinido no fijo, para que no pueda entenderse vulnerada 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.

3) Para evitar el encadenamiento de relaciones temporales de empleo público (funcionarial o laboral) por una misma persona, la ley debería 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 4.<sup>a</sup> del EBEP.

4) Para evitar la rotación de distintos empleados públicos temporales sobre un mismo puesto de trabajo o programa temporal, la ley debería establecer lo siguiente:

– En relación con la rotación de personal funcionario interino sobre un mismo puesto de trabajo, la ley debería 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 (propuesto en esta obra), no podrá efectuarse ningún otro nombramiento para ocupar dicha plaza. También debería añadir la ley que, 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 debería 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 debería 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).

5) En cuanto al personal eventual, el artículo 12 EBEP debería 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 disponer que todos los puestos de trabajo que pueda desempeñar el personal eventual deberán figurar en la RPT.

También el EBEP debería establecer que por ley (estatal o autonómica) se fije el número máximo de personal eventual en cada Administración Pública o Ente del Sector Público y, asimismo, el EBEP, para el caso de que no se fije dicho número máximo, debería establecer subsidiariamente unas reglas exac-

tas 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. Como se ha indicado, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, ha regulado esta cuestión en el ámbito de los Entes Locales.

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 a pesar de carecer de fundamento legal.

6) En cuanto a los contratos administrativos de servicios con personas físicas que encubren relaciones laborales, 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, el EBEP debería añadir que la relación laboral subyacente también es nula por vulnerar la reserva funcionarial de funciones.

Y, en ambos casos, una vez declarada dicha nulidad por sentencia o resolución administrativa, el EBEP debería disponer que se 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 tanto, en estos casos no sería aplicable la figura del trabajador indefinido no fijo, que quedaría limitada a los casos en que, habiéndose constituido una relación laboral temporal mediante el correspondiente procedimiento selectivo, se producen posteriormente irregularidades.

Aunque, sin perjuicio de lo expuesto, la ley debería reconocer una indemnización por cese 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, de los contratos administrativos y del personal eventual, requiere de un conjunto de garantías procedimentales establecidas por la ley, proponiéndose aquí las siguientes:

A) El EBEP 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 del Sector Público 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 el EBEP debería 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 serían 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 obra, sería de dos años).

La exigencia de este certificado e informe en cada contratación, nombramiento o prórroga no debería 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, el EBEP 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 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, debería establecerse expresamente por la ley el sometimiento a fiscalización previa de todos<sup>225</sup> 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

---

<sup>225</sup> Prohibiendo que los órganos de Intervención utilicen técnicas de muestreo para efectuar el control.

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.

La ley también debería 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 declaración escrita de la autoridad contratante a que se ha hecho referencia.

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) El EBEP debería además 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 suministre alertas en caso de producirse incumplimientos. Y 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 permitiría saber si se incumplen las normas sobre la inclusión de puestos de trabajo en la OEP y sobre su amortización en su caso. Asimismo, dicho programa informático controlaría los nombramientos y contratos de empleados públicos temporales que no ocupan plazas de la RPT.

Como mínimo, dicho programa informático debería 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 del personal temporal, la circunstancia de haberse elaborado el historial y el informe mencionados en el punto 7.A).
- 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 obra.

- 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 obra 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 eventualidad, por ejecución de programa temporal, etc.), e indicando la fecha del nombramiento o celebración del contrato y su duración máxima. También se indicaría aquellos contratos o nombramientos que se han excedido en su duración legal máxima. Por tanto, el programa informático indicaría si se produce el cese de los funcionarios interinos y laborales temporales en la fecha que legalmente corresponda (por ejemplo, seis 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. El programa informático indicaría también 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). E indicaría si, en todo caso, se ha superado el plazo máximo de dos años de duración que aquí se propone.

- Los nombramientos de personal eventual. El programa informático facilitaría, además, un listado de personal eventual 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<sup>226</sup>, así como la declaración escrita de la autoridad contratante a que se ha hecho referencia en el punto 7.A). Al respecto, debe destacarse que el artículo 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, establece la obligación de hacer pública la información sobre *«todos los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su cele-*

---

<sup>226</sup> 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.

*bración, 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».* Por tanto, añade la publicación de los contratos menores, que no venía exigida por la legislación en materia de contratos del Sector Público, lo cual constituye una novedad que merece una valoración positiva<sup>227</sup>. Asimismo, la Ley 19/2013 añade que *«la publicación de la información relativa a los contratos menores podrá realizarse trimestralmente».*

– El programa informático indicaría también 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, indicaría el número real de personal eventual existente en cada momento, comparándolo con el de los dos ejercicios anteriores.

El sistema informático de gestión de personal que aquí se propone proporcionaría además el certificado y el historial a los que se ha hecho referencia en el punto 7.A).

Además, dicho programa informático 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. Así, emitiría alertas cuando se haya alcanzado el porcentaje o tope legal máximo de contratos laborales temporales o de nombramientos de funcionarios interinos o de personal eventual. Y también cuando se produzcan incumplimientos de la legalidad vigente, especialmente en los siguientes casos:

- Transcurso de la duración legal máxima de una interinidad funcional o contrato laboral temporal.
- Cobertura temporal de una plaza durante más de dos años (plazo aquí propuesto).
- No inclusión en la OEP o en los procesos de provisión interna de las plazas vacantes ocupadas por personal interino.
- No publicación de nombramientos de personal eventual.
- En caso de empleos temporales, la falta de emisión del certificado y del informe a que se hace referencia en el punto 7.A), y en caso de contratos administrativos, la falta de la declaración escrita de la autoridad contratante a que se ha hecho referencia.

Asimismo, la ley debería establecer expresamente que, recibidas estas alertas, dichos órganos de Intervención formularán reparo suspensivo al pago

---

<sup>227</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S., AA, pp. 1457-1485.

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 (arts. 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 normas jurídicas que los regulan, 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, sería necesario que la ley dispusiera 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 lo siguiente: a) la elaboración de la RPT, b) la inclusión de puestos de trabajo en la RPT, c) la inclusión de una plaza en la OEP, d) la aprobación y la publicación de la OEP anualmente, y e) 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 debería regular con detalle los mecanismos para ejecutar forzosamente las sentencias que no sean ejecutadas por las Administraciones o Entes demandados. Así, sería necesario que la ley estableciera 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 condenado 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 ela-

bore dicha OEP, facultándole para recabar de la Administración o Ente condenado la información que a tales efectos precise.

– Si la Administración o Ente condenado 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 6 de esta obra (al tratar de la transparencia administrativa), 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. 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 favoritismo 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, a lo mejor no es necesario publicar permanentemente la identidad de las personas que están ocupando los puestos de trabajo, pero sí es necesario publicar 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.

Y también sería necesario dar publicidad a todos los nombramientos y contratos que no ocupan plazas de la RPT, indicando sus límites temporales y si éstos son superados. Toda esta información cuya publicación sería necesaria es precisamente la que suministraría el programa informático al que se ha hecho referencia (en el Capítulo 6 de esta obra se detalla más esta información). 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 debería establecer expresamente que esta publicación oficial, teniendo en cuenta el estado actual de la tecnología, se produzca a través de Internet. Y, para que el acceso de la ciudadanía a dicha información sea real y efectivo, la ley debería 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.

Igualmente, sería necesario que esta publicidad en Internet no se hiciera solamente en la sede electrónica de cada Administración Pública o Ente del Sector Público, sino en una página Web única y unificada residenciada en la sede electrónica de la Administración General del Estado, donde figurase, clasificada por Entes, la información relativa a empleo público de cada uno de ellos. Sólo así se hará efectiva y real la posibilidad del ciudadano de acceder a la información sobre los más de 8.000 Entes del Sector Público con que cuenta España<sup>228</sup>.

En esta línea, debe indicarse que la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, ha modificado la Ley General de Subvenciones, estableciendo que el Estado central gestionará una Base de Datos Nacional de Subvenciones que operará como sistema nacional de publicidad de las Subvenciones, por tanto, de todas las Administraciones Públicas españolas. Añade que la publicidad, tanto de las convocatorias de las subvenciones, como de la concesión de las mismas, se articulará a través de dicha base de datos. Se observa, por tanto, cómo, para que la ciudadanía acceda a la información sobre subvenciones, el legislador considera necesaria la existencia de un único punto de información unificado en Internet, que, como es lógico, es estatal.

Debe indicarse que las propuestas aquí efectuadas sobre publicación de información sobre la cobertura de los puestos de trabajo del Sector Público no

---

<sup>228</sup> Como mínimo, esto es imprescindible respecto de la información relativa a los más de 8.000 Entidades Locales existentes en España, y respecto de la pluralidad heterogénea de Entes instrumentales con que cuentan las Administraciones Públicas.

figuran en la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, que, a pesar de ser una ley sobre difusión de información pública, no realiza grandes ni concretas aportaciones en materia de publicidad relativa al empleo público (tal y como se analiza en el Capítulo 6 de esta obra). Por tanto, sería necesario que estas propuestas se incluyeran en dicha Ley, o al menos en la legislación sobre empleo público.

Sin perjuicio de lo expuesto, también se ha considerado que la ley debería 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 de todas las contrataciones de personal laboral temporal<sup>229</sup>. Ciertamente, también procedería la publicación de esta información en la página Web a que se hace referencia en los párrafos anteriores.

Asimismo, el cumplimiento de estas normas sobre difusión de oficio de información por las Administraciones Públicas y Entes del Sector Público afectados debería contar con importantes mecanismos que asegurasen su cumplimiento, ya que, de otra manera, podrían ser reiteradamente incumplidas y quedar sin eficacia real. Por ello, sería necesario adoptar las siguientes medidas legislativas:

– La ley debería disponer 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 programa informático de gestión de personal, relativo a la circunstancia de haberse publicado en Internet dicho nombramiento, contratación o prórroga. Este certificado debería ser exigida por la ley para que pueda efectuarse el pago de la nómina, circunstancia que además debería ser fiscalizada por los órganos de control interno (Intervención). También debería requerirse el citado certificado automático sobre la publicación en Internet de la celebración 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, sobre aquel personal incluido en la nómina respecto del cual no se haya efectuado la

---

<sup>229</sup> VILLANUEVA PUERTOLLANO ha propuesto la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia de las contrataciones laborales temporales o nombramientos interinos que realicen las Entidades Locales (VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., 2011, pp. 520 y ss.).

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 debería establecer sanciones disciplinarias para el titular del órgano responsable de efectuar la publicidad de oficio a que se ha hecho referencia, si no se efectúa dicha publicidad, o sanciones administrativas si se trata de autoridades que no tengan la condición de personal laboral o funcionario.

F) También sería conveniente implantar las siguientes reglas disuasorias de los incumplimientos:

– La normativa disciplinaria debería 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.

– En el caso de que la ley estableciera una indemnización cuando la relación del trabajador indefinido no fijo se extinga por la cobertura o amortización del puesto de trabajo que ocupa, debería establecer también de modo expreso la obligación de la autoridad que celebró los contratos temporales irregulares (que dieron lugar a la declaración del trabajador como indefinido no fijo) de asumir personalmente el pago de la indemnización devengada, así como establecer expresamente la obligación de la Administración Pública o Entidad perjudicada de exigirle dicho pago (por vía de repetición) tras haberlo efectuado.

Ahora bien, la indemnización abonada no sería 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 debería 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 debería 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) Finalmente, la ley también debería disponer la inclusión de las siguientes cláusulas:

– 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, se amortice la plaza, o transcurra el plazo de dos años que aquí se propone para las interinidades por vacante<sup>230</sup>.

– 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, sino que será cesado.

---

<sup>230</sup> Tal y como dispone la Disposición Adicional Decimoquinta del Estatuto de los Trabajadores.

## CAPÍTULO 6

# GARANTÍAS EN LA TRAMITACIÓN DE LOS PROCESOS SELECTIVOS

### 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. España cuenta actualmente con la reciente Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Con anterioridad, el artículo 3.5 de la Ley 30/1992 establecía que *«en sus relaciones con los ciudadanos las Administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación»*<sup>1</sup>.

Por su parte, 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»*. Este derecho de acceso es una de las principales manifestaciones de la transparencia administrativa. En todo caso, la transparencia es

---

<sup>1</sup> Por su parte, el EBEP contiene varias referencias expresas a la transparencia en sus artículos 1.3, 20.2, 55.2, 33 y 52, como se expone más adelante.

consecuencia del principio general de legalidad (art. 103.1 CE) y del sometimiento de la Administración Pública a los fines que la justifican (art. 106 CE)<sup>2</sup>.

La transparencia administrativa puede definirse como la cualidad de permitir el conocimiento de la actividad administrativa por la ciudadanía<sup>3</sup>, siendo un movimiento de apertura de la Administración hacia el exterior, que la convierte en una «casa de cristal»<sup>4</sup>. La transparencia administrativa está favorecida por las nuevas tecnologías de la información (Internet y Administración electrónica)<sup>5</sup>. Actualmente, la legitimación democrática procedimental de la Administración Pública se sitúa en la transparencia y la publicidad<sup>6</sup>.

Asimismo, la transparencia es una pieza clave del Estado de Derecho, porque es imprescindible para lograr el sometimiento de los poderes públicos al Derecho y el respeto a los derechos fundamentales<sup>7</sup>, al facilitar el control social de la actividad pública<sup>8</sup>. Así, la transparencia sirve para evitar la corrupción. En este sentido, el juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Luis B. Brandeis, decía «*sunlight is said to be the best of disinfectants*» («la luz del sol es el mejor de todos los desinfectantes»), es decir, lo que aquí se expresa como «luz y taquígrafo».

Por tanto, la transparencia constituye un correlato necesario del Estado de Derecho, como presupuesto imprescindible para el control, la rendición de cuentas y la exigencia de responsabilidad<sup>9</sup>. Además, el Estado gana en legitimación cuando hay transparencia, ya que ésta refuerza la confianza en la racionalidad y objetividad de la actuación administrativa<sup>10</sup>. Asimismo, el control clásico de la actividad del Poder Legislativo sobre el Ejecutivo, a través de la fiscalización externa del Tribunal de Cuentas<sup>11</sup>, de la fiscalización interna por los órganos administrativos de Intervención y del control judicial se ha revelado insuficiente, demandando la realidad social un aumento del control de la actividad pública a través de otras fórmulas, entre las que destaca la transparencia administrativa<sup>12</sup>.

---

<sup>2</sup> BLASCO DÍAZ, J. L., 2010, p. 134.

<sup>3</sup> La información debe ser ofrecida de forma clara y ordenada para que haya verdadera transparencia (ver MALARET GARCÍA, E., *RCDP*, 2007, pp. 161-206, y SAINZ MORENO, F., 2004, pp. 1 y ss.). Sobre el secreto en la burocracia administrativa, ver en detalle CERRILLO MARTÍNEZ, A., *RIDP*, pp. 1 y ss., y CASTELLS ARTECHE, J. M., *RVP*, pp. 135-156.

<sup>4</sup> SOMMERMANN, K-P., 2010, p. 11.

<sup>5</sup> PALOMAR OLMEDA, A., 2011, p. 123.

<sup>6</sup> GARCÍA MACHO, R., 2010, pp. 34 y ss.

<sup>7</sup> SOMMERMANN, K-P., 2010, p. 11, y LASAGABASTER HERRARTE, I., 2010, p. 21.

<sup>8</sup> Como señaló BOBBIO la democracia es «el gobierno del poder público en público» (BOBBIO, N., 1985, pp. 108 y ss.).

<sup>9</sup> Ver también COTINO HUESO, L., 2003, pp. 1 y ss., y DROMI, R., 2005, pp. 1 y ss.

<sup>10</sup> SOMMERMANN, K-P., 2010, pp. 11 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el Tribunal de cuentas puede verse GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., 2001, pp. 1 y ss., *RDP*, pp. 381-417.

<sup>12</sup> PALOMAR OLMEDA, A., Datospersonales.org, la *Revista de la APDCM*, pp. 1 y ss.

La transparencia no es un instituto, sino un conjunto de institutos y normas que perfilan, en su conjunto, «un modo de ser de la Administración»<sup>13</sup>, es decir, que es un objetivo que se alcanza por medio de varios medios o instrumentos. Así, por ejemplo, en relación con los procedimientos selectivos, Cavas Martínez ha señalado que el principio de transparencia afecta a todos los trámites del procedimiento e implica, entre otras cosas, que los criterios que se utilicen, incluso cuando no estén baremados previamente, sean claros y conocidos, que sea diáfano el procedimiento de designación de los miembros del órgano de selección, y que todos los interesados puedan conocer los actos de trámite del procedimiento que les afecten<sup>14</sup>.

Algunos de los mecanismos de transparencia son ya tradicionales en el sistema administrativo, siendo garantías de los interesados en los procedimientos administrativos, pues permiten el acceso a la información sobre la actividad administrativa (aunque, en este caso, a los interesados en el procedimiento administrativo). Estas reglas son fundamentalmente el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos, el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos, la motivación de los actos administrativos y la publicidad de éstos.

Ahora bien, la transparencia administrativa exige otra serie de mecanismos que son consustanciales a la misma, y 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), y la difusión activa por la Administración de la información a la ciudadanía. Y ambas cosas, además, utilizando los medios electrónicos e Internet. Estos dos elementos no contaban con una adecuada regulación hasta que se promulgó Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, por lo que España era uno de los pocos Estados occidentales que carecía de una ley general de transparencia<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> ARENA, G., *RVAP*, pp. 9 y ss.

<sup>14</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., 2008, p. 589.

<sup>15</sup> En defecto de una ley de las Cortes Generales sobre acceso a la información pública, algunas Comunidades Autónomas sí habían dictado su propia Ley de transparencia, pudiendo citarse la Ley 4/2006, de 30 de julio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública gallega, la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares, y la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y del Gobierno Abierto de Navarra.

### 1.1.2 *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información y documentación administrativa*<sup>16</sup>

En cuanto al acceso por los ciudadanos a la información y documentación administrativa, debe aclararse en primer lugar que no se trata del acceso de los interesados al procedimiento administrativo durante la tramitación del mismo, sino del acceso de la ciudadanía (concepto más amplio) a la información pública (concepto también más amplio). El hecho de que este derecho esté reconocido en el artículo 105.c) CE y no en la Sección de la Constitución destinada a los derechos fundamentales (1.<sup>a</sup> 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.

Ciertamente, en España ha prevalecido la consideración de que no es un derecho fundamental, no regulado por ley orgánica ni susceptible del recurso de amparo constitucional, línea en la que se ubican el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo<sup>17</sup>. Más bien, el reconocimiento de la transparencia en el artículo 105.b) de la Constitución, dentro de su Título IV, que trata del Gobierno y de la Administración, ha motivado también su consideración preferente como principio objetivo de la actuación adminis-

---

<sup>16</sup> 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. Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa de 27 de noviembre de 2008 sobre Acceso a los Documentos Públicos 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*».

En cuanto al Derecho comunitario, existen directivas que regulan el acceso a la información en poder de los Estados miembros en materias concretas, tales como las Directivas 2003/4/CE, de 28 de enero, 2004/35/CE, de 21 de abril, 2003/98/CE, de 17 de noviembre, 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, y 2006/123/CE, de 12 de diciembre.

Asimismo, la Unión Europea ha potenciado el principio de transparencia de sus propias Instituciones, estableciendo actualmente el artículo 1 del Tratado de la Unión Europea que las decisiones de la Unión serán tomadas «*de la forma más abierta y próxima a los ciudadanos que sea posible*». También dispone en su artículo 15 (antiguo art. 255 del Tratado de la Comunidad Europea), que «*a fin de fomentar una buena gobernanza y de garantizar la participación de la sociedad civil, las instituciones, órganos y organismos de la Unión actuarán con el mayor respeto posible al principio de apertura*». El desarrollo legal se encuentra en el Reglamento (CE) n.º 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.

<sup>17</sup> Puede citarse la STC 161/1988. También el 13 de septiembre de 2013 el Tribunal Constitucional inadmitió a trámite un recurso de amparo por entender que no existe la violación de un derecho fundamental tutelable en amparo. Ver también la STS de 30 de marzo de 1999.

trativa y mecanismo de control de la misma, si bien como tal principio tiene eficacia directa<sup>18</sup>.

En cambio, 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 art. 10.2 CE). Así, en la declaración conjunta de la ONU, la OECE y la OEA, de 6 de diciembre de 2004, se afirma *que «el derecho de acceso a la información en poder de las autoridades públicas es un derecho humano fundamental que debería aplicarse a nivel nacional a través de legislación global»*. Y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 reconoce en su artículo 42 *«el derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión»*, elevándolo, por tanto, a la categoría de derecho fundamental<sup>19</sup>.

Y debe indicarse, siguiendo a Piñar Mañas, que «este debate no es teórico, tiene mucha trascendencia. La protección de datos es un derecho fundamental, si la transparencia es un simple principio jurídico de actuación de la administración siempre cederá ante un derecho fundamental. En el momento en que se invoque la protección de datos será muy difícil facilitar cierta información. Si ambos son derechos fundamentales en igualdad de condiciones no habrá predisposición a favor de uno u otro y habría que estudiar el caso concreto»<sup>20</sup>. El legislador, en todo caso, sigue sin reconocer al derecho de acceso a la información de los poderes públicos como derecho fundamental en la nueva Ley de transparencia 19/2013, que, por ello, es una ley ordinaria, no orgánica<sup>21</sup>.

En cuanto a la regulación legal del derecho de acceso, debe indicarse que con anterioridad a la Ley 19/2013, la regulación de este derecho se contenía en el artículo 37 de la Ley 30/1992, que era unánimemente criticado por la doctrina, pues exigía que el documento formara parte de un expediente que se encuentre en un archivo administrativo, que el expediente correspondiera a un procedimiento y que dicho procedimiento esté terminado. Además, no permitía solicitudes genéricas (salvo en el ámbito investigador), sino que se exigía individualizar el documento al que se pretende acceder. Además, si se trataba

<sup>18</sup> Ver RAMS RAMOS, L., 2008, pp. 160 y ss., siguiendo a FERNÁNDEZ RAMOS, 1997, pp. 210 y ss.

<sup>19</sup> Sobre la constitucionalización y fundamentalización del citado derecho, puede verse COTINO HUESO, L., 2005, pp. 744 y ss.

<sup>20</sup> [http://www.cadenaser.com/espana/articulo/le-falta-ley-transparencia/csrsrpor/20120327csrsr\\_nac\\_15/Tes](http://www.cadenaser.com/espana/articulo/le-falta-ley-transparencia/csrsrpor/20120327csrsr_nac_15/Tes). Ver también PIÑAR MAÑAS, J. L., 2010, p. 1026, y JIMÉNEZ ASENSIO, R., *Revista CEMCI*, pp. 1-29.

<sup>21</sup> 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.

de documentos nominativos, exigía acreditar un interés legítimo y directo. Sin perjuicio de que no estaba del todo claro el concepto de documento nominativo<sup>22</sup>, la doctrina concluía que la mayoría de los documentos administrativos, al referirse a alguna persona identificada, eran nominativos, y exigir al solicitante de información acreditar un interés legítimo y directo era una restricción grave al derecho de acceso<sup>23</sup>, que al final provocaba que la regla general fuera la denegación de este acceso, con un auténtico vaciamiento del derecho<sup>24</sup>.

En general, la doctrina consideraba que el artículo 37 de la Ley 30/1992 debería ser reformado en profundidad, no solo desde la perspectiva del artículo 105.b) CE, sino también teniendo en cuenta los artículos 20.1.d) y 23.2 CE<sup>25</sup> y el propio Convenio del Consejo de Europa de 18 de junio de 2009. Sobre esta base, indicaba Piñar Mañas<sup>26</sup> que era imprescindible aprobar una ley de transparencia cuanto antes, porque se trata de un derecho fundamental, y es imprescindible para el derecho de participación política del artículo 23 CE y de la libertad de expresión y de información del artículo 20 CE, y porque la inexistencia de una ley de transparencia administrativa estaba provocando que, al amparo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, se estuviera restringiendo notablemente el acceso a la información pública, por no existir una ley que amparase la cesión de datos personales que implica dicho acceso.

El resultado ha sido la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, 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, desarrollados por esta Ley*», y define la información pública como «*los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en 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*»<sup>27</sup>.

---

<sup>22</sup> Ver FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., 2003, p. 175, POMED SÁNCHEZ, L. A., *RAP*, pp. 439-480, GUICHOT REINA, E., 2009, p. 97, FERNÁNDEZ RAMOS, 1997, p. 504, y RAMS RAMOS, L., 2008, pp. 160 y ss.

<sup>23</sup> El Reglamento CE n.º 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.

<sup>24</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., 1989, pp. 1 y ss., y *RAP*, pp. 439-480, y FERNÁNDEZ RAMOS, S., 1997, pp. 105 y ss.

<sup>25</sup> GARCÍA MACHO, R., 2010, pp. 20 y ss. Ver también COTINO HUESO, L., 2008, p. 176.

<sup>26</sup> PIÑAR MAÑAS, J. L., 2010, pp. 96 y ss.

<sup>27</sup> La Ley 19/2013 ha modificado el artículo 37 de la Ley 30/1992, que ahora dispone que «*los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación*».

Asimismo, regula los límites del derecho de acceso disponiendo en su artículo 14 que *«1. El derecho de acceso podrá ser limitado 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».*

La citada Ley 19/2013 constituye un avance importante, en la medida en que ya no exige, para ejercitar el derecho de acceso, ostentar un interés legítimo y directo<sup>28</sup>. 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. Esta solución impone al solicitante la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria ante la inactividad administrativa, y además provoca relajación en los titulares de los órganos administrativos<sup>29</sup>. Y, a tales efectos, resulta insuficiente la previsión de la Ley de que el incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora. Esta previsión es insuficiente, porque el respeto a la transparencia y al ejercicio del dere-

---

<sup>28</sup> Así, dispone en su artículo 17.3 que *«el solicitante no está obligado a motivar su solicitud de acceso a la información. Sin embargo, podrá exponer los motivos por los que solicita la información y que podrán ser tenidos en cuenta cuando se dicte la resolución. No obstante, la ausencia de motivación no será por sí sola causa de rechazo de la solicitud».*

<sup>29</sup> Según el Informe del Sindic de Greuges sobre «El Derecho de acceso a la información pública» (marzo de 2012), considera que *«el sentido del silencio debe ser estimatorio, sin necesidad de actuaciones adicionales o confirmatorias».* Ver también en contra del silencio negativo DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCA-DO, 2014, p. 67, y FERNÁNDEZ RAMOS, S., 2013, p. 277.

cho de acceso no puede dejarse en manos de la propia Administración Pública, que es la que decide sobre los procedimientos disciplinarios<sup>30</sup>.

No obstante, el Consejo de Estado, en su Dictamen 707/2012, señaló que el silencio negativo resulta lógico y adecuado, debido al «especial objeto sobre el que se proyecta el derecho de acceso», que «puede potencialmente entrar en conflicto con otros derechos e intereses (el derecho a la intimidad, el derecho al honor o el derecho a la protección de datos de carácter personal, así como el secreto profesional, la propiedad intelectual, o la protección del medio ambiente, entre otros) que, en determinados supuestos, hayan de prevalecer sobre aquél». Ahora bien, si el silencio debe ser negativo, entonces deben reforzarse los mecanismos para que los sujetos obligados cumplan sus obligaciones de transparencia.

### 1.1.3 *La publicidad de oficio de la información administrativa*

La transparencia comprende también a la publicación, que hace cognoscible a la ciudadanía en general una determinada información. La difusión de la información administrativa es una importante función pública, ya que la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos y el control social requieren disponer de una información suficiente, cuya obtención no puede limitarse a la única posibilidad del individuo de dirigirse (caso por caso, asunto por asunto) a los poderes públicos en virtud del derecho de acceso, sino que es necesario que la propia Administración Pública difunda la información de forma activa, sin previa petición del ciudadano.

Como indica Guichot, la publicidad activa, especialmente a través de Internet, es «el instrumento más poderoso, no soñado siquiera hasta fechas recientes, para la transparencia». Como especifica el citado autor, 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 ahorro de costes<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> El ciudadano perjudicado no puede solicitar el inicio de un procedimiento disciplinario, ni es interesado en dicho procedimiento.

<sup>31</sup> GUICHOT REINA, E., 2011, p. 52 y [www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-Guichot-Transparencia.aspx](http://www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-Guichot-Transparencia.aspx), p. 74. Añade el citado autor que este sistema conecta con la idea de gobernanza o gobierno abierto y colaborativo, articulándose a través de los proyectos de «open data», liderados por Estados Unidos y el Reino Unido.

La publicidad activa o de oficio de la información administrativa, con anterioridad a la Ley 19/2013, no estaba desarrollada legalmente con amplitud suficiente, sino que, con carácter general, sólo existían los artículos 59 y 60 de la Ley 30/1992, que se refieren solamente a la publicación de actos administrativos, siendo necesario que la ley estableciera auténticas obligaciones concretas que no dejen en manos de la discrecionalidad administrativa la publicación de la información administrativa<sup>32</sup>. Existían también algunas previsiones específicas en los artículos 21 y 37.9 y 10 de la Ley 30/1992, la Ley 27/2006, de 18 de julio, sobre Acceso a la Información Ambiental, y otras leyes que establecían la publicación de los ingresos, bienes y actividades de altos cargos, la concesión de subvenciones, la adjudicación de contratos del Sector Público, etc. Tampoco la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, configuró obligaciones concretas de difusión activa de la información pública.

La Ley 19/2013 constituye un importante adelanto, pues dedica un capítulo 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 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»*, la Ley 19/2013 establece obligaciones de información institucional, organizativa y de planificación, información de relevancia jurídica, e información económica, presupuestaria y estadística<sup>33</sup>. Asimismo, prevé que la Administración General del Estado desarrollará un Portal de la Transparencia, que facilite el acceso de los ciudadanos a toda la información citada, que incluirá, además, en los términos que se establezcan reglamentariamente, la información de la Administración General del Estado cuyo acceso se solicite con mayor frecuencia.

---

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., 2005, pp. 1 y ss., y GUICHOT REINA, E., 2010, p. 57.

<sup>33</sup> Estos listados de información concreta de obligada publicación no son listados de mínimos (GUICHOT, E., 2014, p. 153).

#### 1.1.4 *Internet y transparencia administrativa*

Es indudable que la transparencia administrativa aumenta exponencialmente con la utilización de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC, Administración electrónica)<sup>34</sup>, por cuanto se aumenta drásticamente la accesibilidad del público a la información administrativa<sup>35</sup>. Anteriormente, las autoridades públicas no podían difundir materialmente toda su información, por el costo excesivo y por no ser funcional<sup>36</sup>. Por ello, el uso de Internet debería ser impuesto por la Ley a los Entes del Sector Público. 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.

En este sentido, la citada Ley 11/2007 establece en su artículo 3 que son fines de la misma «1. *Facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos.* 2. *Facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso (...).* 4. *Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general (...).* 6. *Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales*». También el artículo 4 de la citada ley señala 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 que se expone a continuación.

En primer lugar, respecto de la publicación de actos administrativos e información administrativa, la Ley 11/2007 regula las publicaciones electróni-

---

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> La doctrina ha destacado la enorme potencialidad que tienen los medios electrónicos para facilitar el derecho de acceso a la información pública (puede verse SÁNCHEZ BLANCO, A., 1999, p. 90, VALERO TORRIJOS, J., *Revista de Derecho y Tecnologías*, pp. 1 y ss., CERRILLO MARTÍNEZ, A., 2010, pp. 1 y ss., y *RIDP*, 2011, pp. 1 y ss., VALERO TORRIJOS, J., *Cuenta con IGAE*, p. 22, y CERRILLO MARTÍNEZ, A., *RIDP*, pp. 1 y ss.). Aunque también se ha destacado que el compromiso normativo a ese respecto ha sido escaso (ver COTINO HUESO, L., 2007, pp. 35 a 87).

<sup>36</sup> LASAGABASTER HERRARTE, I., 2010, p. 116.

cas 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<sup>37</sup>. Y se ha criticado que el legislador básico no haya obligado a todas las Administraciones Públicas a implantar la edición electrónica con plenas garantías técnicas y jurídicas, destacándose la necesidad de que la 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<sup>38</sup>.

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. Y no aclara qué órgano es el que realiza la publicación electrónica (si es el que dicta el acto, o el titular del tablón legalmente previsto)<sup>39</sup>, ni aclara si la sede electrónica debe contar con un apartado específico que se denomine tablón de anuncios<sup>40</sup>.

En segundo lugar, el artículo 6.1.º 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 pre-

<sup>37</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., 2009, p. 440, y VALERO TORRIJOS, J., 2008, p. 258.

<sup>38</sup> VALERO TORRIJOS, J., 2008, p. 257.

<sup>39</sup> VALERO TORRIJOS, J., 2008, p. 267, y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., 2009, p. 446.

<sup>40</sup> VALERO TORRIJOS, aunque reconoce que el texto literal del artículo 12 no exige un apartado denominado tablón de anuncios, sí es preciso que la información sea fácil de localizar y quede claro que se está accediendo a actos o comunicaciones de actos (VALERO TORRIJOS, J., 2008, p. 267).

*vistos 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, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos».*

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 lo siguiente:

*«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 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 acceso<sup>41</sup>, 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<sup>42</sup>.

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,

---

<sup>41</sup> En este sentido, DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., p. 434.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., 2009, p. 434.

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 Pública correspondiente<sup>43</sup>.

### 1.1.5 *La transparencia y la legislación sobre protección de datos de carácter personal*

#### A) El derecho de acceso a la información pública y la protección de datos de carácter personal

La transparencia, en la medida en que implica el conocimiento de datos personales por terceros, puede afectar al derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal<sup>44</sup>. 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 cuestión presentaba importantes dificultades en relación con el derecho de acceso a la información pública con anterioridad a la Ley 19/2013, porque la normativa sobre acceso a archivos y registros administrativos (art. 37 de la 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 habían dictado de forma desconexa. Y la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, tampoco había previsto ninguna norma específica sobre difusión de datos personales.

Siguiendo a Troncoso Reigada<sup>45</sup> puede entenderse que la LOPD resulta aplicable cuando nos encontremos con documentación administrativa que, 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

<sup>43</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., 2009, p. 435, y VALERO TORRIJOS, J., 2004, pp. 19 y ss.

<sup>44</sup> La protección de datos personales constituye un derecho fundamental distinto del derecho a la intimidad (ver la STC 292/2000).

<sup>45</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 48, y, con detalle, 2010, pp. 737 a 741. Como indica este último autor, la LOPD sólo protege los datos sometidos a tratamiento.

íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales.

Con base en lo expuesto, el citado autor<sup>46</sup> concluía que, si se trataba de acceder a documentación administrativa que contuviera un tratamiento de datos personales, resultaba aplicable la LOPD, constituyendo una cesión de datos el acceso a la información administrativa que contenga datos de otras personas. Ahora bien, el artículo 11.2 de la LOPD admite la cesión de datos personales sin consentimiento del titular cuando esté autorizada en una ley, y dicha autorización se encontraba en el artículo 37 de la Ley 30/1992, el cual, como se ha indicado, no reconocía el derecho de acceso a la información administrativa sin acreditar un interés legítimo y directo<sup>47</sup>.

Además, el artículo 37 de la Ley 30/1992 regulaba 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 acabó provocando denegaciones abusivas del acceso a la información.

Por tanto, era necesaria una ley que aclarase los criterios para resolver el conflicto entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales<sup>48</sup>. Especialmente si tenemos en cuenta que en nuestro Ordenamiento Jurídico existía 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 al enérgico sistema legal de protección de los datos personales<sup>49</sup>.

Finalmente, se ha dictado la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, la cual, en su artículo 15, regula la relación entre el derecho de acceso a la información pública y el derecho a la protección de datos personales, estableciendo lo siguiente:

*«1. Si la información solicitada contuviera datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 2 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, 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*

---

<sup>46</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, pp. 49 y ss.

<sup>47</sup> GUICHOT REINA, E., *RCDP*, pp. 43-74.

<sup>48</sup> Ver FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., 2003, p. 226.

<sup>49</sup> FERNÁNDEZ RAMOS, S., 2008, p. 130.

*hubiese hecho manifiestamente públicos los datos con anterioridad a que se solicitase el acceso.*

*Si la información incluyese datos especialmente protegidos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 7 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, 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.*

2. *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<sup>50</sup> relacionados con la organización, funcionamiento o actividad pública del órgano.*

3. *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, dicho 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.*

---

<sup>50</sup> Según GUICHOT REINA, el término «meramente identificativa» es confuso y desafortunado, y no debería «interpretarse como un portillo para atentar contra el criterio de fondo sobre el que basculan las relaciones entre publicidad y privacidad» (GUICHOT REINA, E., 2014, p. 135).

4. *No será aplicable lo establecido en los apartados anteriores si el acceso se efectúa previa disociación de los datos de carácter personal de modo que se impida la identificación de las personas afectadas.*

5. *La normativa de protección de datos personales será de aplicación al tratamiento posterior de los obtenidos a través del ejercicio del derecho de acceso.»*

B) La publicación de información y la protección de datos de carácter personal

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 [art. 3.c) LOPD]<sup>51</sup>, por lo que el derecho fundamental a la protección de datos personales también se ve afectado.

Los efectos difusores de esta cesión indiscriminada se agudizan en los casos de las publicaciones en Internet<sup>52</sup>, 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<sup>53</sup>. Por tanto, la publicación es la máxima injerencia que puede producirse en el derecho fundamental a la protección de datos personales<sup>54</sup>. 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.

Debe partirse de que la Ley 19/2013, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, dispone lo siguiente, en su artículo 5:

*«1. Los sujetos enumerados en el 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 (...).*

*3. 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*

---

<sup>51</sup> Así lo confirma la STJCE de 6 de noviembre de 2003, *caso Lindqvist*, Asunto C-101/01.

<sup>52</sup> RALLO LOMBARTE, A., 2010, p. 65. Sobre Internet y protección de datos personales puede verse, entre otras obras, GUERRERO PICÓ, M.<sup>a</sup> C., 2006, pp. 1 y ss.

<sup>53</sup> Ver también RALLO LOMBARTE, A., *Serie Claves del Gobierno Local*, p. 66.

<sup>54</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 44.

*este respecto, cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.»*

a) La publicación de actos administrativos

Respecto de la publicación de actos administrativos, la autorización legal se encontraría en los artículos 59.5 y 6 y 60.1 de la Ley 30/1992<sup>55</sup>. 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 realizar<sup>56</sup>, 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 debería 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<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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 (...)».

Este artículo ha sido modificado por la Ley 15/2014, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, pasando a disponer que «la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado». Asimismo, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o del consulado o sección consular de la Embajada correspondiente o en los tablones a los que se refiere el artículo 12 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de los restantes medios de difusión, que no excluirán la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el Boletín Oficial del Estado». La citada reforma legal entra en vigor el 1 de junio de 2015 según la nueva Disposición Transitoria de la Ley 30/1992.

<sup>57</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2010, p. 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., [www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx](http://www.aepda.es/AEPDA/Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx), p. 91).

Por su parte, 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 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. Se trata del caso en que se formulan solicitudes conjuntas por varios interesados, en cuyo caso 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<sup>58</sup>.

Por su parte, el artículo 60.1 de la Ley 30/1992 dispone que «*los actos administrativos serán objeto de publicación cuando así establezcan las normas reguladoras de cada procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público apreciadas por el órgano competente*». Dicho precepto es 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, ya que deja la decisión de la publicación a la discrecionalidad del órgano administrativo o a normas de rango infralegal<sup>59</sup>.

En este sentido, 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. Así, la regulación legal de la publicación ha de ser suficientemente concreta y detallada, de manera que no bastaría una mera remisión a la nor-

---

<sup>58</sup> Así lo entiende TOSCANO GIL, F., *RGDA*, pp. 1 y ss., citando a DE DIEGO DÍEZ, L. A., 2008, pp. 216 y ss., GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F., 2012, pp. 1188 y ss., y MARTÍN REBOLLO, L., 2011, p. 514.

<sup>59</sup> FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., 2008, p. 253, y *RARAP*, pp. 77-126.

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.

mativa reglamentaria, ni siquiera previsiones excesivamente abiertas aún cuando se contengan en una Ley<sup>60</sup>.

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 Reina 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<sup>61</sup>.

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 pública o no datos personales, y sin embargo 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 la protección de datos personales del afectado.

Sobre esta base, el Dictamen de la Agencia Vasca de Protección de Datos de 20 de septiembre de 2010<sup>62</sup> 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»<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> VALERO TORRIJOS, J., Datospersonales.org, la revista de la APDCM, pp. 1 y ss.

<sup>61</sup> GUICHOT REINA, E., 2009, p. 258.

<sup>62</sup> Relativo a los datos que deben incluirse en las notificaciones publicadas en el *Boletín Oficial del País Vasco* y tabloneros edictales de los Ayuntamientos.

<sup>63</sup> En la misma línea FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., y VALERO TORRIJOS, J., *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, pp. 307-342.

Concretando más, la Recomendación 1/2008 de la Agencia Catalana de Protección de Datos<sup>64</sup> 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 también la publicidad activa de todo tipo de información administrativa, aunque no consista en actos administrativos, la cual también puede contener datos de carácter personal. En estos casos, si contiene datos de carácter personal, también es necesario que exista la autorización legal para la cesión de datos exigida por el artículo 11 LOPD. Y parte de la doctrina, como se ha expuesto, viene entendiendo que esta autorización legal debe ser específica<sup>65</sup>.

Por ello, la doctrina venía entendiendo que, fuera del caso de los actos administrativos (arts. 59 y 60 de la Ley 30/1992), la publicación de información personal en poder de la Administración Pública estaba prohibida con carácter general, al carecer de la autorización legal exigida por la LOPD. Además, se entendió 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<sup>66</sup>.

Ahora bien, ya se ha indicado que el actual artículo 5 de la Ley 19/2013 prevé la publicación de oficio de «*la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su actividad relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública*». Pero en su apartado 3 tam-

---

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> En este sentido, MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., 2003, p. 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., *Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, pp. 307-342).

<sup>66</sup> GUICHOT REINA, E., 2010, p. 805.

bién dispone que «*será aplicable el límite derivado de la protección de datos de carácter personal, regulado en el artículo 15 de dicha Ley 19/2013*», y especifica que «*cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos*».

Por tanto, puede entenderse, con base en este artículo 5 de la Ley 19/2013, que cabe en general la publicidad de oficio, pues dicho artículo 5 constituye la autorización exigida por el artículo 11 LOPD, aunque eso sí, respetando el principio de proporcionalidad. En todo caso, la Ley 19/2013 regula unos concretos datos que han de ser objeto de publicidad activa, pero solamente se refiere a Información institucional, organizativa y de planificación (art. 6), Información de relevancia jurídica (art. 7), e Información económica, presupuestaria y estadística (art. 8), sin establecer ninguna obligación concreta sobre publicidad activa en materia de acceso al empleo público.

### c) El principio de proporcionalidad aplicado a las publicaciones

Asimismo, sin perjuicio de que la ley autorice la publicación, si ésta implica cesión de datos personales, deberá 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 intimidad<sup>67</sup>. Como indica Troncoso Reigada, hay que ponderar 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, determinando si la publicación planteada es necesaria para alcanzar el fin público perseguido con la publicación, y si existe alguna otra forma de publicación que, afectando menos al derecho a la protección de datos personales, consiga el mismo fin<sup>68</sup>. 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

<sup>67</sup> Sobre el principio de proporcionalidad en la protección de datos personales puede verse PIÑAR MAÑAS, J. L., 2009, pp. 211 y ss., y TOSCANO GIL, F., *RGDA*, pp. 1 y ss.).

<sup>68</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2010, p. 764.

telemáticos, ha señalado que «no 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»<sup>69</sup>.

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 íntimos<sup>70</sup>. Asimismo, 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 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<sup>71</sup>, pues existen varios niveles de publicidad: el acceso a una información administrativa en un registro público, el acceso y copia de un expediente administrativo, la publicación de información en un Boletín Oficial en papel, en un tablón de anuncios, en una Intranet (con acceso restringido), y abiertamente en Internet, por ejemplo, en un Boletín Oficial publicado electrónicamente. La publicación abierta en Internet 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 2010<sup>72</sup>, referida a las normas comunitarias que establecen la publicación de información relativa a los beneficiarios de fondos europeos<sup>73</sup> en un sitio Web único de cada Estado miembro, pudiendo los ciudadanos consultarla durante dos años a tra-

---

<sup>69</sup> P. 15 de la Recomendación. Ver también IGLESIAS FRÍAS, E., AA, pp. 1540-1564.

<sup>70</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, pp. 76 y ss.

<sup>71</sup> 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» (p. 11).

<sup>72</sup> *Caso Schecke y Eifert*, asuntos acumulados C-92/09 y C-93/09.

<sup>73</sup> Concretamente, los artículos a) 42, punto 8 ter, y 44 bis del Reglamento (CE) n.º 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) n.º 1437/2007 del Consejo, de 26 de noviembre de 2007; el Reglamento (CE) n.º 259/2008 de la Comisión, de 18 de marzo de 2008, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento n.º 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.

vés de una función de búsqueda que permite buscar los beneficiarios por nombres, municipios e importes recibidos.

El TJUE 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 citado 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 su gestión financiera, 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 no se 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»*.

Y 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 TJUE en esta sentencia pueden considerarse excesivamente restrictivas para la transparencia administrativa, la cual, sobre la base de los criterios en ella expuestos, quedaría muy mermada<sup>74</sup>. 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. Así pues, las conclusiones alcanzadas por la citada sentencia comunitaria fomentan el oscurantismo

---

<sup>74</sup> 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-Guichot-Transparencia.aspx](http://www.aepda.es/AEPDA_Adjunto-101-PonenciaEmilio-Guichot-Transparencia.aspx), p. 79).

de las Administraciones Públicas. En todo caso, esta sentencia comunitaria hace dudar sobre la normativa española en materia de 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 ni la ponderación ni los criterios citados por la sentencia europea.

En cuanto al artículo 59.5 de la Ley 30/1992, 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 Torrijos<sup>75</sup>, 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, 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 intimidación 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 intimidación personal y familiar y a la propia imagen, y haya sido previsto en su normativa reguladora»*. Sin embargo, entiende Valero Torrijos<sup>76</sup> 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».

En este contexto, ya se ha indicado que el artículo 5.3 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen

---

<sup>75</sup> VALERO TORRIJOS, J., Datospersonales.org, la revista de la APDCM, pp. 1 y ss.

<sup>76</sup> VALERO TORRIJOS, J., Datospersonales.org, la revista de la APDCM, pp. 1 y ss.

Gobierno, 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. Pero a continuación establece listados de informaciones que deben publicarse, como, por ejemplo, «*las subvenciones y ayudas públicas concedidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios*» [art. 8.1.c)], lo cual podría no encajar totalmente con la mencionada sentencia del TJUE<sup>77</sup>.

Debe destacarse, 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 (arts. 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

---

<sup>77</sup> El artículo 18 de la Ley General de Subvenciones ha sido modificado por la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, pasando a regularse la publicidad de las subvenciones concedidas en el artículo 20.8 (también redactado por dicha Ley 15/2014) que dispone que «*en aplicación de los principios recogidos en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Base de Datos Nacional de Subvenciones operará como sistema nacional de publicidad de las subvenciones. A tales efectos, y para garantizar el derecho de los ciudadanos a conocer todas las subvenciones convocadas en cada momento y para contribuir a los principios de publicidad y transparencia, la Intervención General de la Administración del Estado publicará en su página web los siguientes contenidos (...):*

b) *las subvenciones concedidas; para su publicación, las administraciones concedentes deberán remitir a la Base de Datos Nacional de Subvenciones las subvenciones concedidas con indicación según cada caso, de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario al que se imputen, beneficiario, cantidad concedida y objetivo o finalidad de la subvención con expresión de los distintos programas o proyectos subvencionados. Igualmente deberá informarse, cuando corresponda, sobre el compromiso asumido por los miembros contemplados en el apartado 2 y en el segundo párrafo del apartado 3 del artículo 11 y, en caso de subvenciones plurianuales, sobre la distribución por anualidades. No serán publicadas las subvenciones concedidas cuando la publicación de los datos del beneficiario en razón del objeto de la subvención pueda ser contraria al respeto y salvaguarda del honor, a la intimidad personal o 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. El tratamiento de los datos de carácter personal sólo podrá efectuarse si 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 artículo 1.1 de la Directiva 95/46/CE.»*

En todo caso, según la Disposición Transitoria Décima de la citada Ley 15/2014, la reforma del artículo 20.8 citado será de aplicación a las subvenciones convocadas o concedidas a partir de 1 de enero de 2016. Aunque, «*a efectos de dar cumplimiento a la previsión recogida en el artículo 10 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en referencia a lo establecido en su artículo 8.1.c), la Base de Datos Nacional de Subvenciones dará publicidad a las subvenciones y ayudas públicas concedidas a partir de 2014 por la Administración General del Estado y sus organismos y entidades vinculantes o dependientes, con indicación de la convocatoria, beneficiario e importe concedido a partir de la entrada en vigor del citado artículo 10.*»

protegidos», y siempre que el límite sea necesario para lograr el fin legítimo previsto y proporcionado para alcanzarlo. 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<sup>78</sup>.

Además, la proporcionalidad se ve más afectada cuando la publicación se realiza a través de Internet, ya que 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<sup>79</sup>.

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, prevé esta posibilidad, pero 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 aplicarse con sometimiento a la LOPD [según el artículo 4.a) de la propia Ley 11/2007], y, en todo caso, respetar lo dispuesto en la Ley 19/2013.

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»<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2010, p. 762.

<sup>79</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 66.

<sup>80</sup> P. 11 de la citada Recomendación 2/2008.

## 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*».

– 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 nacional, el artículo 92 bis de la Ley 7/1985 dispone que «*las Corporaciones locales con puestos vacantes aprobarán las bases del concurso ordinario, de acuerdo con el modelo de*

*convocatoria y bases comunes que se aprueben en el real decreto previsto en el apartado anterior, y efectuarán las convocatorias, remitiéndolas a la correspondiente Comunidad Autónoma para su publicación simultánea en los diarios oficiales», 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 (art. 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 casos 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 personales<sup>81</sup>

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 personales, 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 Reigada<sup>82</sup> 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 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

---

<sup>81</sup> 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, *RGDA*, pp. 1 y ss.

<sup>82</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, pp. 66 y 116.

identidad de los participantes aprobados y los puntos totales obtenidos por cada uno, pero no la motivación detallada de la resolución<sup>83</sup>. Incluso entiende que no procede publicar la puntuación final obtenida, sino que bastaría con el orden de prelación<sup>84</sup>. 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 Reigada<sup>85</sup> 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 Internet<sup>86</sup>, 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<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> 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».

<sup>84</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2010, p. 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.

<sup>85</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 66.

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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 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.

En realidad, respecto de los actos de trámite de los procedimientos selectivos, lo que parece postular 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<sup>88</sup>.

En esta misma línea, Guichot considera razonable, en el caso de los procedimientos competitivos, la publicación de los actos integrantes del proceso selectivo 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<sup>89</sup>.

Debe indicarse que 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.

La transparencia tal y como es entendida actualmente (a nivel nacional e internacional) va más allá de la publicación de la resolución final del proceso selectivo, 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.

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 inicial y la resolución final, hay un camino respecto del cual sí habría que suministrar más datos a la ciudadanía, para la salvaguarda de

---

<sup>88</sup> También GUICHOT REINA 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 REINA, E., 2009, p. 270).

<sup>89</sup> GUICHOT REINA, E., [www.aepda.es/AEPDA Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx](http://www.aepda.es/AEPDA_Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx), p. 89.

la transparencia administrativa y el consiguiente control social sobre la regularidad de los procesos selectivos de acceso al empleo público.

Otra posibilidad sería entender que basta con la publicación abierta del resultado final y que (al margen del derecho de acceso al expediente administrativo de los interesados) la ciudadanía puede acceder al resto de la información ejercitando su derecho de acceso a la información (regulado en la Ley 19/2013), sin perjuicio de que en algunos aspectos el derecho a la intimidad imponga límites, como sería el caso del contenido de las pruebas psicológicas o de salud.

En todo caso, respecto de la publicación de informaciones y actos administrativos integrantes del procedimiento selectivo, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, no contiene previsiones específicas, más allá del genérico artículo 5, que dispone que *«los sujetos enumerados en el 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»*, y que aplica los límites al derecho de acceso a la información pública previstos en el artículo 14, disponiendo que cuando la información contuviera datos especialmente protegidos, la publicidad sólo se llevará a cabo previa disociación de los mismos.

Esta Ley deja, pues, en manos de la Administración Pública y demás Entes del Sector Público, interpretar cuándo una información en materia de empleo público es relevante para la transparencia, fuera de los casos expresamente regulados en el EBEP y demás normativa sobre procesos selectivos.

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. 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<sup>90</sup>.

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 ac-

---

<sup>90</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 70.

tos generales sin datos personales, y la publicación en Boletín Oficial de los nombramientos de personal funcionario (art. 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 (arts. 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.

En el nivel reglamentario, 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 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 (art. 11).

- La lista de admitidos y excluidos en el procedimiento de selección debe publicarse en el *BOE* (art. 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* (art. 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»*. 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, añade que se harán públicos los criterios para la adjudicación de las plazas y, una vez celebrados los concursos, también se harán públicos 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 evalua-*

*ción*». 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 Reigada<sup>91</sup> 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.

Una vez expuesta la normativa vigente, y, en aras del principio de transparencia, la conclusión es que sería necesario que la normativa incorpore el deber de hacer públicos los siguientes aspectos:

1) 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) 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 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 identidad, cargo público que desempeñan (si es así) y currículum profesional de los asesores de los órganos de selección<sup>92</sup>.

<sup>91</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 123.

<sup>92</sup> En el Capítulo 3 de esta obra 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.

En cuanto al resto de actos de trámite de los procesos de selección, 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).

Por otra parte, en el ámbito del personal eventual, la ley debería ordenar la publicación de 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 necesaria para que, a través del control social, se 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. Como se ha indicado al tratar del personal eventual, solamente en el ámbito de los Entes Locales el artículo 104 de la Ley 7/1985 establece la publicación de los nombramientos.

Las exigencias expuestas sobre publicidad o difusión activa en materia de procesos selectivos y de asignación de empleos públicos son consustanciales 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 su 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.

Más allá de lo anteriormente expuesto (fundamentalmente su artículo 5 general), la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, no regula en particular la publicidad de la información a que nos referimos aquí, por lo que procede analizar la normativa sobre empleo público. 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 (art. 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<sup>93</sup>. Sin embargo, ha sido admitida por el Tribunal Constitucional.

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 ar-

---

<sup>93</sup> 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.

título 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, inadmisibles desde la perspectiva del derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad.

En esta línea, Cuadrado Zuloaga<sup>94</sup> 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 publicar las convocatorias de procesos selectivos de su personal laboral, sino que utiliza tabloneros 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 [arts. 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 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

---

<sup>94</sup> CUADRADO ZULOAGA, D., AA, pp. 1549-1558.

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 tabloneros 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 tabloneros de anuncios, y las SSTS de 23 de marzo de 1993, 14 de abril de 1999 y 31 de mayo de 2000, que señalan 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 tabloneros de anuncios.

Por su parte, en referencia a las sociedades y fundaciones del Sector Público, Domingo Zaballos<sup>95</sup> 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». Sin embargo, procede la publicación en Boletín Oficial electrónico y, además, como se postula en esta obra, 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 la ley 7/1985 establece que los procesos selectivos se realizarán mediante convocatoria pública, y el artículo 97 precisa que «*los anuncios de convoca-*

---

<sup>95</sup> DOMINGO ZABALLOS, M. J., p. 876.

*rias 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 de que se trate, 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 Blanco<sup>96</sup> 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 Provincia o al de la Comunidad Autónoma.

En conclusión, 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<sup>97</sup>. Y debería 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 las 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*

---

<sup>96</sup> CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, pp. 39 y ss.

<sup>97</sup> 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., 2008, p. 492).

*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 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 (arts. 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, se aprueben las correspondientes Ofertas de empleo público, y que en ellas 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 interesa-

dos en acceder a los empleos públicos puedan conocer en todo momento si se está respetando la normativa sobre cobertura de empleos públicos.

Sin embargo, más allá de lo anteriormente expuesto (fundamentalmente su art. 5 general), la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, no regula en particular la publicidad de la información sobre empleo público a que nos referimos aquí. En efecto, a pesar de ser una ley sobre transparencia administrativa y, por tanto, sobre difusión de información pública, no realiza grandes ni concretas aportaciones en materia de publicidad relativa al empleo público.

Por ello, procede analizar la normativa sobre empleo público, la cual, sin embargo, tampoco es satisfactoria en este punto. Así, sobre la publicidad de información relativa a la cobertura de puestos de trabajo, 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*». Así pues, las previsiones contenidas en el EBEP son escasas e insuficientes.

Por tanto, dada la insuficiencia de previsiones tanto en la Ley de Transparencia como en el EBEP, sería necesario que la ley impusiera a las Administraciones Públicas y demás Entes del Sector Público que hagan pública en Internet la siguiente información (tal y como se ha indicado en el Capítulo 5 de la presente obra):

- 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 5 de la presente obra) 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 que están interesados en participar en el procedimiento legalmente previsto para cubrir dicho puesto de trabajo.

– 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 pú-

blico, 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, la ley debería 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. Y la accesibilidad, en su grado máximo, tiene lugar a través de Internet. Además, sería conveniente que la ley estableciera también 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.

Igualmente, sería necesario que esta publicidad en Internet no se hiciera solamente en la sede electrónica de cada Administración Pública 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 figurase, clasificada por Entes, la información relativa a empleo público de cada uno de ellos. Sólo así se hará efectiva y real la posibilidad del ciudadano de acceder a la información sobre los más de 8.000 Entes del Sector Público con que cuenta España.

En el apartado 1.2.4 de este Capítulo me refiero a esta cuestión, pudiendo destacarse que, como ya se ha indicado, la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, ha modificado la Ley General de Subvenciones, estableciendo que el Estado central gestionará una Base de Datos Nacional de Subvenciones, y que la publicidad tanto de las convocatorias de las subvenciones, como de la concesión de las mismas, se articulará a través de dicha base de datos. Se observa, por tanto, cómo, para que la ciudadanía acceda a la información sobre subvenciones de cualquier Administración Pública, el legislador considera necesaria la existencia de un único punto de información unificado en Internet, que, como es lógico, es estatal.

Finalmente, la publicación de la mencionada información sobre la cobertura de puestos de trabajo, la RPT y la OEP, debería contar con mecanismos legales que controlen que efectivamente se produce dicha publicación. Respecto de las obligaciones de publicidad activa contenidas en la Ley 19/2013,

de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, su artículo 9 prevé medidas de control, disponiendo que el cumplimiento de estas obligaciones será objeto de control por parte del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el cual, *«de acuerdo con el procedimiento que se prevea reglamentariamente, podrá dictar resoluciones en las que se establezcan las medidas que sea necesario adoptar para el cese del incumplimiento y el inicio de las actuaciones disciplinarias que procedan»*. Asimismo, añade que *«el incumplimiento reiterado de las obligaciones de publicidad activa reguladas en este capítulo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora»*<sup>98</sup>. Pero para que las Autoridades competentes cumplan efectivamente las obligaciones de publicidad activa expuestas, sería necesario implantar también los mecanismos de control propuestos en esta obra [apartado 4.7.E) del Capítulo 5].

#### D) Normativa autonómica sobre publicidad activa en materia de acceso al empleo público

Las leyes autonómicas de Transparencia no contienen un apartado específico destinado a regular la publicidad activa en materia de acceso al empleo público, limitándose a contener previsiones puntuales. Incluso algunas no contienen ninguna previsión al respecto, como la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y Buenas Prácticas en la Administración Pública Gallega, la Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, la Ley 5/2010, de 21 de junio, Canaria de Fomento a la Participación Ciudadana, y la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la Buena Administración y del Buen Gobierno de las Illes Balears.

Y en general, las leyes autonómicas que contienen alguna previsión no van muy allá, pues se refieren a la publicación de las relaciones de puestos de trabajo (Andalucía, Cataluña, Castilla y León, Navarra, Murcia y La Rioja) y de las plantillas orgánicas (Navarra, Cataluña, Castilla y León y La Rioja). Se trata, pues, de la publicación de información organizativa de personal, pero no de información directa sobre cómo se cubren en cada caso los puestos de trabajo, que es la información que, según se expone en esta obra, más se precisa.

---

<sup>98</sup> Sobre este artículo 9 se ha destacado que, a diferencia del artículo 20.6 de la misma Ley, no tiene carácter de legislación básica, y que plantea dudas, como si el simple incumplimiento constituye infracción leve (GUICHOT REINA, E., 2014, p. 198).

No obstante, deben destacarse dos previsiones normativas de interés en esta línea:

– La Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ordena la publicidad de las relaciones de puestos de trabajo, *«con indicación de sus ocupantes y su relación jurídica»*.

– La Ley 19/2014, de 29 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña, ordena la publicidad de *«la relación de contratos temporales y de interinajes no vinculados a ningún puesto de trabajo de dicha relación de puestos»*.

En cuanto a los procesos de selección de empleados públicos, puede indicarse lo siguiente:

– Algunas leyes autonómicas prevén la publicación de la Oferta de Empleo Público (Andalucía y Murcia).

– La Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, prevé la publicación de *«los procesos de selección del personal»*, pero sin especificar qué actos integrantes del procedimiento deben publicarse.

– La Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, también prevé la publicación de convocatorias y tramitación de los procesos de selección de sus empleados públicos, incluidos los relativos a su personal temporal.

– La mencionada Ley catalana 19/2014 solamente prevé la publicación de las convocatorias.

– La Ley 3/2015, de 4 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Castilla y León, establece la publicación de *«las convocatorias de procesos de selección de personal, con indicación, al menos, del número y la categoría de las plazas o puestos convocados y de la identidad de las personas encargadas de la selección. La información se irá completando a medida que se desarrolle el proceso con información relativa al número de personas presentadas y seleccionadas. En el caso de existir, se informará sobre las bolsas de empleo y su gestión»*.

– Debe destacarse que la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra, prevé la publicación de *«las listas de contratación temporal de personal con el fin de que permitan a cada aspirante conocer el puesto que ocupa en cada momento»*.

En cuanto a la necesaria publicidad sobre los nombramientos del personal eventual, dicha publicidad sí está prevista en la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura, y en la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En último lugar, debe destacarse que la mencionada Ley catalana 19/2014, ordena la publicación de *«la relación de los puestos ocupados por personal adscrito por los adjudicatarios de contratos firmados con la Administración que, en virtud del contrato, realice una actividad, un servicio o una obra con carácter permanente en una dependencia o un establecimiento público, así como el régimen de dedicación y el régimen retributivo de dicho personal y las tareas que realiza»*.

### 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 de 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. En cuanto al contenido de las bases reguladoras, y teniendo en cuenta que existen muchas normas reglamentarias que lo regulan, puede concluirse que éstas, como mínimo, deben 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 OEP en la que figuren las vacantes. Deberá indicarse la titulación académica requerida para ocuparlas.

- En relación con los discapacitados, debe indicarse la adopción de medidas por el órgano de selección para asegurar que 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.
- Las normas jurídicas aplicables al proceso selectivo.
- 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 supera-

ción 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).

– 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<sup>99</sup>, menos aún cuando ya se conoce la identidad de los participantes en el proceso selectivo.

---

<sup>99</sup> 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 de Andalucía de 29 de enero de 1999).

- 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.
  - 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.
    - Las características esenciales del sorteo a realizar, antes de la celebración de los exámenes, si los hay, para fijar el orden en que actuarán los participantes.
    - 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<sup>100</sup>. En particular, deberá hacerse referencia a las formas de revisión de la puntuación de exámenes y méritos.
    - La composición del órgano de selección. En particular, las bases deben exponer la normativa que regula el modo de designación de los miembros de dicho órgano y 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 convocante<sup>101</sup> donde, de acuerdo con la legislación sobre Administración electrónica, podrán los participantes obtener información sobre el proceso selectivo y realizar los trámites que correspon-

---

<sup>100</sup> 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*, pp. 329-346.

<sup>101</sup> En la presente obra 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.

dan. Las bases deben regular, de acuerdo el artículo 59.6 de la Ley 30/1992, en qué tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones.

– Expresar la regla de que el órgano de selección no puede declarar aprobados más aspirantes que plazas.

### 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<sup>102</sup>), tienen derecho de acceso al expediente administrativo, reconocido en el artículo 35 de la Ley 30/1992. Y debe aclararse que 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, lo cual incluye la documentación e información de los demás aspirantes. Y ello porque la puntuación obtenida por éstos es determinante de la situación en que queda el interesado en el proceso selectivo, al tratarse de un procedimiento competitivo.

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<sup>103</sup>. 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.

---

<sup>102</sup> No estamos tratando aquí sobre el derecho de acceso a la información pública reconocido en la Ley de Transparencia 19/2013, que no requiere la condición de interesado. Así, esta Ley aclara, en su Disposición Adicional Primera, que «*la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la 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*».

<sup>103</sup> En el Informe anual de 2004 (apartado 2.2.7, Cuestiones procedimentales), referido a quejas sobre denegación del acceso por los interesados a documentación e información de procesos selectivos (negativa a dar copia de un ejercicio, disconformidad con baremación, etc.), el Defensor del Pueblo 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*».

– 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. 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, el acceso debe producirse con mayor razón cuando la decisión del órgano administrativo no es revisable, pues si éste no tiene que dar cuenta a los Tribunales de la valoración realizada, y encima ésta es secreta, queda abonado el terreno para la arbitrariedad.

– También se deniega el acceso al expediente administrativo argumentando que el procedimiento aún no está terminado, pero este requisito no viene exigido en el artículo 35 de la Ley 30/1992.

– 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. Como indica el Informe anual de 2006 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»<sup>104</sup>.

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.

---

<sup>104</sup> 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».

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. Solamente accediendo a esta información podrán los aspirantes interesados conocer las respuestas que el órgano de selección ha considerado como acertadas, contrastarlas con las que ellos habían puesto y, en caso de disconformidad, formular sus recursos».

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 todo 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 competitivo, 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 opositor «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 el interesado sólo tiene derecho a examinar los ejercicios de los demás si aporta un principio de prueba acerca del incumplimiento de las bases reguladoras. Y esta argumentación ha tenido acogida en algún sector de la doctrina. Así, Fernández Salmerón 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»<sup>105</sup>.

---

<sup>105</sup> FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos...*, p. 182.

Sin embargo, esta argumentación no parece ajustarse al derecho de los interesados de acceder al expediente administrativo del artículo 35 de 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<sup>106</sup>. 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<sup>107</sup>. 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 afectada.

- 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 lesionado cuando el propio órgano de selección ha conocido los méritos alegados por el interesado, y esto carece de sentido.

---

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> El concepto de intimidad ha sido ya abordado en esta obra 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.

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 Escuin Palop<sup>108</sup> 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.

En este sentido, puede citarse la Consulta de 29 de marzo de 2007<sup>109</sup>, 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. La Dirección General 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 ni de tercero más digno de protección que el del propio interesado, ni una Ley que lo impida expresamente.

Las Administraciones Públicas también suelen alegar que el acceso a datos de los demás participantes lesiona el derecho fundamental a la protección de datos, pero no es así. Por tanto, se plantea la cuestión del posible choque entre el artículo 35 de la Ley 30/1992 y la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. 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 personales<sup>110</sup> «registrados en un soporte físico que

---

<sup>108</sup> ESCUÍN PALOP, V. M., 1986, p. 117.

<sup>109</sup> C21\_5\_3 [http://www.map.es/documentacion/funcion\\_publica/FAQ/bodeco/indice/provision\\_/parrafo/05/document\\_es/5.3.pdf](http://www.map.es/documentacion/funcion_publica/FAQ/bodeco/indice/provision_/parrafo/05/document_es/5.3.pdf)

<sup>110</sup> 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 (art. 1 LOPD), los datos personales deben estar «registrados en un soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento» (art. 2 LOPD). (TRONCOSO REIGADA, A., 2008, pp. 42 y ss.).

*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<sup>111</sup>.*

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 la LOPD<sup>112</sup>, en defecto de consentimiento del interesado, ya que el artículo 35 de la Ley 30/1992 constituye la autorización legal exigida por el artículo 11.2.a) LOPD. 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<sup>113</sup>. Eso sí, con los límites del acceso a datos íntimos o a datos especialmente protegidos. Pero en el bien entendido (al que muchas Administraciones Públicas hacen caso omiso) de que los datos académicos o sobre méritos baremables no son ni datos íntimos ni datos especialmente protegidos.

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<sup>114</sup>. 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.

En este sentido, 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 los documentos que acreditan méritos y requisitos de otros participantes distintos del que accede al expe-

<sup>111</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 48.

<sup>112</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, p. 114.

<sup>113</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2010, pp. 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.

<sup>114</sup> DEL VALLE PASCUAL, J. M., AA, pp. 1 y ss.

diente, así como las autobaremaciones de los restantes participantes y la baremación de éstos efectuada por la Administración Pública o Entidad convocante, así como todos los exámenes y pruebas realizadas por los restantes participantes. La ley debería expresar, además, que no se considerarán datos íntimos todos los relativos a los méritos, pruebas y requisitos de los participantes, así como debería aclarar que el derecho de acceso al expediente administrativo habilita la cesión de datos personales sin necesidad de consentimiento del interesado. Finalmente, la ley también debería indicar expresamente que el artículo 35.a) de la Ley 30/1992 (que reconoce el derecho de acceso al expediente administrativo) constituye la autorización para la cesión de datos a efectos del artículo 11.2.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Todo ello, para evitar interpretaciones torticeras de un derecho tan básico e indiscutible como el de acceso al expediente administrativo por los interesados.

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. De hecho, el Informe de la Comisión de Expertos para la elaboración 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 dichos miembros. Por tanto, la puntuación o valoración atribuida por cada miembro debe poder ser conocida por los participantes. Además, la regla general es el acceso de los interesados al procedimiento administrativo (art. 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 al respecto. 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. Por tanto, sería necesario que la ley reconociera expresamente el derecho de los interesados a conocer la puntuación o valoración asignada por cada miembro del órgano de selección.

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que es necesario mejorar la redacción de la legislación (especialmente la de carácter básico) sobre acceso de los participantes al expediente administrativo completo de los procesos selectivos de acceso al empleo público, y no porque este derecho no exista ya (que sí

existe en el artículo 35 de la Ley 30/1992), sino porque las Administraciones Públicas lo vulneran sistemáticamente <sup>115</sup>.

Además, debe hacerse referencia a la insuficiente regulación del plazo para acceder al expediente administrativo. Actualmente, el ciudadano está 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 resulta desproporcionado. 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. En definitiva, el derecho de acceso al expediente administrativo carece 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 Pública 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 tres, cinco días, o como mucho diez, dependiendo del número de participantes en el proceso selectivo.

Igualmente, la ley debería 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 Pública, 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 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 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

---

<sup>115</sup> 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, indica que «sería conveniente que se promulgara una norma que estableciera esa obligación de los tribunales de forma concreta.»

sentencia de 7 noviembre 2011, reconoce el derecho del opositor<sup>116</sup> 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 2011<sup>117</sup>, que analiza un supuesto en que el opositor solicitaba información sobre un test psicológico, que la falta de entrega de la documentación solicitada por el opositor «llega a causar perplejidad».

#### 1.2.4 *El uso preceptivo de Internet en los procesos selectivos*

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 (Boletín Oficial en papel o tablones de anuncios en las sedes físicas de los órganos convocantes) no aseguran un nivel aceptable de publicidad. 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 en los Ayuntamientos 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<sup>118</sup>. 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 casos<sup>119</sup>, pero a discreción de la Administración Pública o Ente convocante, pues la ac-

---

<sup>116</sup> Pero no de otra persona (como podrían ser los demás opositores que han concurrido en el proceso selectivo).

<sup>117</sup> Este criterio está reiterado en la STS de 15 de marzo de 2013.

<sup>118</sup> 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., 2011, p. 306).

<sup>119</sup> 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.

tual 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. Los artículos 11 y 12 de la citada Ley no imponen la publicación en sede electrónica ni del Boletín Oficial ni de los tablones 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 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 puede citarse la queja 07/3087 tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz <sup>120</sup>, 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.

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 <sup>121</sup>. Es más, la ley podría 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

---

<sup>120</sup> Ver Informe anual de 2007.

<sup>121</sup> 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., 2009, p. 67).

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 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 Pública correspondiente<sup>122</sup>.

En esta línea, Troncoso Reigada<sup>123</sup> entiende que, en el caso de los procesos selectivos de acceso al empleo público, a los interesados 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<sup>124</sup>. Este *modus operandi* reduciría considerablemente los problemas derivados del silencio o negativa de la Administración Pública 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, sería preciso que la ley dispusiera que, en el caso de los procesos selectivos de acceso al empleo público<sup>125</sup>, la Administración Pública 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 irrelevantes<sup>126</sup>) 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.

---

<sup>122</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., 2009, p. 435, y VALERO TORRIJOS, J., 2004, pp. 19 y ss.

<sup>123</sup> TRONCOSO REIGADA, A., 2008, pp. 1 y ss.

<sup>124</sup> Añade el citado autor que es *modus operandi* garantiza también la objetividad administrativa y el control social (TRONCOSO REIGADA, A., 2010, p. 838).

<sup>125</sup> Procesos de selección de funcionarios de carrera, laborales fijos, funcionarios interinos y laborales temporales.

<sup>126</sup> 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.

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 <sup>127</sup>.

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 Pública 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.

Además, 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 país <sup>128</sup>, y que tenga difusión a través de la Administración electrónica: una Web oficial, que en base al principio de coordinación, sería estatal.

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, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, regula en su artículo 53 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 334 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

---

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> Con validez de publicación oficial (y que, por tanto, sea determinante del cómputo de plazos administrativos).

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. Y 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 *Administracion.gob.es*, punto de acceso general, donde ofrece un buscador de convocatorias<sup>129</sup> y un Boletín semanal de Empleo público<sup>130</sup>, 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.» Como puede verse, se trata de información relativa a todas las Administraciones Públicas, pero no alcanza a los Ayuntamientos de población inferior a 100.000 habitantes si no convocan al menos 3 plazas.

Asimismo, el Real Decreto 196/2015, de 22 de marzo, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2015 de la Administración General del Estado, dispone en su artículo 3.11 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 en el punto de acceso general [www.administracion.gob.es](http://www.administracion.gob.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*

---

<sup>129</sup> [http://administracion.gob.es/pag\\_Home/empleoBecas/empleo/buscador.html#.VRUXq\\_yG9Mg](http://administracion.gob.es/pag_Home/empleoBecas/empleo/buscador.html#.VRUXq_yG9Mg)

<sup>130</sup> [http://administracion.gob.es/pag\\_Home/empleoBecas/empleo/boletinEmpleoPublico.html#.VRUX0\\_yG9Mg](http://administracion.gob.es/pag_Home/empleoBecas/empleo/boletinEmpleoPublico.html#.VRUX0_yG9Mg)

*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 3.14 del citado Real Decreto dispone, respecto de los procesos selectivos de la Administración General del Estado, 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 punto de acceso general [www.administracion.gob.es](http://www.administracion.gob.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 y Entes (públicos y privados) del Sector Público. 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<sup>131</sup>, en la sede 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».*

Las Comunidades Autónomas en general (aunque su ley en materia de Función Pública) no lo disponga, han venido publicando información sobre sus procesos selectivos en Internet, en sus sedes electrónicas, pero no necesariamente la información relativa a procesos selectivos de todas sus Entidades

---

<sup>131</sup> La expresión «en su caso» debería ser suprimida para que quede clara la obligación de la publicación electrónica.

Instrumentales, tanto públicas como privadas. En todo caso, y como se ha expuesto, algunas leyes sobre transparencia autonómicas ya prevén la publicación de las convocatorias de los procesos selectivos.

Por tanto, sería conveniente que, con carácter de legislación básica, se regulase la obligación de todas las Administraciones Públicas de remitir toda la información sobre sus convocatorias y las de todas sus Entidades Instrumentales (públicas y privadas) a una base de datos nacional que operase de manera similar a la Base de Datos Nacional de Subvenciones. (Por tanto, no sólo información sobre convocatorias publicadas en BOE, y aunque se refieran a una sola plaza).

### 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»<sup>132</sup>. Constituye una garantía esencial del procedimiento administrativo y es una de las manifestaciones del principio de transparencia administrativa. En efecto, cuanto más se motiva un acto administrativo, menos arbitrariedad se manifiesta, de modo que «quien motiva mucho su acto (...) nada tiene que encubrir (...) pero quien no motiva, sabiendo que debe hacerlo, mucho tiene que tapar»<sup>133</sup>.

Así, y como reiteradamente ha señalado la doctrina<sup>134</sup>, 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.

En cuanto se refiere a la regulación legal de la motivación, la Ley 30/1992 ha realizado un planteamiento restringido, ya que en su artículo 54.1 establece

---

<sup>132</sup> GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., 2010, p. 240, y GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., 2012, p. 1605.

<sup>133</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 539, y CHINCHILLA MARÍN, C., 2004, p. 246.

<sup>134</sup> AYALA MUÑOZ, J. M.<sup>a</sup>; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; GUTIÉRREZ DELGADO, J. M.; MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.; RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, M.<sup>a</sup> D.; RIVERO GONZÁLEZ, M.; SAZ GANDÁSEGUI, F., y VEGA LABELLA, J. I., 2008, p. 378. Ver también la STS de 19 de noviembre de 2008, entre otras.

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 de la resolución que se adopte»*. La doctrina ha señalado que esta previsión constituye un auténtico «cheque en blanco» para la Administración Pública o Ente convocante, que podrá imponer una mayor o menor exigencia de motivación<sup>135</sup>.

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»*. Y 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»<sup>136</sup>.

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 propuesta del órgano de selección asignando calificaciones y puntuaciones y declarando los aspirantes aprobados.

<sup>135</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 234.

<sup>136</sup> Así lo señalan AYALA MUÑOZ, J. M.<sup>a</sup>; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; GUTIÉRREZ DELGADO, J. M.; MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I.; RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, M.<sup>a</sup> D.; RIVERO GONZÁLEZ, M.; SAZ GANDÁSEGUI, F., y VEGA LABELLA, J. I., 2008, p. 390, remitiéndose a PARADA VÁZQUEZ, R., 1993, p. 233. Ver también YAGÜE GIL, P. J., 1993, pp. 1 y ss.

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 Luque<sup>137</sup> 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.

La no exteriorización de la motivación de la resolución del órgano selectivo ha sido justificada por varios motivos:

1. Se alude por la doctrina<sup>138</sup> a la imposibilidad fáctica de detallar la motivación cuando el proceso selectivo tiene multitud de participantes<sup>139</sup>, de manera que la motivación del Tribunal como órgano colegiado se expresa de forma conjunta (aunque forjada con votos individuales) y los ejercicios son valorados en forma aritmética o binaria (apto o no apto)<sup>140</sup>.

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 sufi-

---

<sup>137</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 540.

<sup>138</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 10 y ss.

<sup>139</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 183.

<sup>140</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 234.

ciente 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.

2. También se ha entendido que la motivación detallada tampoco sería «adecuada» porque, como indica Sánchez Morón <sup>141</sup>, «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» <sup>142</sup>. También señala Puerta Seguido <sup>143</sup> 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, como se ha indicado en esta obra, 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.

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 <sup>144</sup>, sería necesario que el legislador expresamente recogiera esta conclusión.

---

<sup>141</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 10 y ss.

<sup>142</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2004, pp. 10 y ss.

<sup>143</sup> PUERTA SEGUIDO, F., 2003, p. 183.

<sup>144</sup> 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.

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 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 no es revisable. En esta línea, indica Sánchez Morón<sup>145</sup> que, en el caso de los actos discrecionales tiene mucha relevancia el control<sup>146</sup> 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 Pública, mayor es también la responsabilidad técnica de ésta y más completo y razonado debe ser el fundamento de su decisión<sup>146</sup>.

Sin embargo, el propio Tribunal Supremo también 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 regula-

---

Asimismo, el Tribunal Supremo, en 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 SAGGESE 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 (BACIGALUPO SAGGESE, M., *REDA*, pp. 407 y ss. Cita también las SSTs de 16 de mayo de 1989 y 4 de noviembre de 1993).

<sup>145</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2003, p. 123.

<sup>146</sup> SAINZ MORENO, F., *REDA*, pp. 63-94. 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., 1998, p. 125).

doras 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».

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». Pero lo cierto es que en tal caso el Gobierno tiene un margen de apreciación, por lo 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 <sup>147</sup>.

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

---

<sup>147</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., 2003, pp. 40 y 46.

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 exigen la expresa motivación de las calificaciones.

Sin embargo, como ha indicado Bacigalupo Saggese<sup>148</sup>, 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.

Por tanto, si bien existen normas reglamentarias que eximen de motivar sustantivamente los actos de los órganos de selección<sup>149</sup>, el hecho de que el 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»<sup>150</sup>. Asimismo, la senten-

---

<sup>148</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., *REDA*, pp. 407-420.

<sup>149</sup> Como el citado Real Decreto 364/1995 en relación con los actos dictados en virtud de la denominada discrecionalidad técnica.

<sup>150</sup> GALLEGO ANABITARTE, A., prólogo a MOZO SEOANE, A., 1985, p. 34.

cia 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, se ha entendido que la expresión «*sucinta*» que utiliza la Ley 30/1992 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, pero la estructura de dicha motivación ha de ser suficiente, es decir, que debe explicitar el *iter* lógico a través del cual se ha llegado a la solución adoptada por el acto administrativo. La suficiencia de la motivación 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 Salaverría<sup>151</sup> dos casos: el caso de los concursos en que no hay un alto número de participantes, donde la motivación instaure 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 García<sup>152</sup>, las exigencias de motivación varían en función del tipo de prueba. Así, en las pruebas de examen se ha admitido la mera expresión de la puntuación numérica, si las bases reguladoras del proceso selectivo no exigen otra cosa<sup>153</sup>. Sin embargo, como indica Martín

<sup>151</sup> IGARTÚA SALAVERRÍA, J., 2003, p. 155.

<sup>152</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, pp. 190 y 191.

<sup>153</sup> SSTS de 13 de octubre de 2004 y 5 de julio de 1996.

Moreno<sup>154</sup>, 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 una puntuación global final. También el Tribunal Constitucional, en la sentencia 40/1999, señala 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

---

<sup>154</sup> MARTÍN MORENO, J. L., 2007, p. 173.

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, etcétera) 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 STS de 5 de julio de 1996, que indica 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, el derecho a 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 de diciembre de 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».

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 (art. 9.3 CE), que implica la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación<sup>155</sup>.

En segundo lugar, la jurisprudencia viene definiendo cuál debe ser el contenido de la motivación para que pueda ser considerada válidamente realizada, exigiendo 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<sup>156</sup>. 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 de 2011<sup>157</sup>, 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 (...), 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

---

<sup>155</sup> En esta línea, véase la STS de 10 de mayo de 2007.

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> En supuestos similares se han dictado, ratificando este criterio, las SSTS de 2 de noviembre de 2012 y 13 de marzo de 2013.

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 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 insufi-

ciente 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 las 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. 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 (art. 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 cada miembro 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 el problema de su constancia «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»<sup>158</sup>. 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

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 pro-

---

<sup>158</sup> GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., 1970, p. 519.

cedimientos selectivos en un plazo razonable. Los abusos de las Administraciones Públicas y demás Entidades del Sector Público a este respecto son reiterados<sup>159</sup>. Así pues, el respeto al citado derecho fundamental impone que se regule esta cuestión de forma detallada. Sin embargo, el EBEP no ha efectuado grandes contribuciones en esta cuestión, como se expone a continuación.

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 OEP 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»*. Este plazo de tres años es excesivo, contradictorio con el principio de agilidad de los procesos selectivos, y además no cuenta con mecanismos que aseguren su efectivo respeto<sup>160</sup>.

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 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 *«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

---

<sup>159</sup> 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.

<sup>160</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 85. También FÉREZ FERNÁNDEZ, M., 2009, p. 76, y 2007, p. 526.

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 Madrid, 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 (a pesar de ser normas recientes).

Por su parte, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, dispone en su artículo 29 que *«la aprobación de la oferta de empleo público obliga a los órganos competentes a proceder, dentro del año natural, a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la misma y hasta un 10 por 100 adicional. Tales convocatorias indicarán el calendario preciso de realización de las pruebas»*. Y añade en su artículo 99 que *«las convocatorias de los procesos selectivos deberán contener el calendario para llevar a cabo las pruebas, indicando el plazo máximo de resolución, que no será superior a doce meses»*.

Por otro lado, 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»*.

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 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, art. 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 auto-determinación normativa del Tribunal, (...), que actúa sus facultades como un órgano constitucional en ejercicio de potestades de autoorganización que le son propias».

Pero 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 fundamental 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 legisla-

ción 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, determinando, bajo la regla del sentido común y la racionalidad, un plazo.

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 que la normativa reguladora del concreto proceso selectivo no disponga nada al respecto. Lo expuesto hace necesaria la reforma del 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.

El EBEP tampoco prevé mecanismos para exigir el cumplimiento del plazo de los tres años, lo cual deja dicha previsión legal sin efectividad. Al respecto, Chaves García<sup>161</sup> 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<sup>162</sup>, porque 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, el artículo 10.4 EBEP no es una norma sobre mecanismos para lograr que se convoquen los procesos selectivos relativos a las plazas incluidas en la OEP, sino que es 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 dispon-

<sup>161</sup> CHAVES GARCÍA, J. R., 2009, p. 49.

<sup>162</sup> También PÉREZ LUQUE entiende que cabe interponer el recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración (PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 195).

ga 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. En efecto, una medida adicional 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.

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 el plazo máximo de 8 meses de la Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León, el plazo máximo de 6 meses del Texto Refundido de la Ley de Ordenación de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (aprobado por el Decreto Legislativo 1/1991, de 19 de febrero, de la Diputación General de Aragón). También la Ley de Cantabria 4/1993, de 10 de marzo, de Función Pública, la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid<sup>163</sup>, y el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia (aprobado por el Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero), obligan a concluir las pruebas selectivas antes del 1 de octubre.

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 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 las siguientes medidas de procedimiento, que deberían ser establecidas

---

<sup>163</sup> 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.

por la normativa vigente, de manera que su adopción no quede al arbitrio de los órganos convocantes. 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 e imprescindible es garantizar la imparcialidad de los mismos. Por tanto, nos remitimos a lo expuesto en el Capítulo 3 de la presente obra. 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.

Finalmente, merece ser destacado que la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, ha dispuesto en su artículo 97 que *«las organizaciones sindicales que formen parte de las mesas de negociación correspondientes recibirán información sobre el desarrollo de los procesos selectivos, pudiendo participar como observadores en todas las fases y actos que integran dichos procesos a excepción de aquellos en los que se delibere, decida y materialice el contenido de las pruebas, antes de su realización»*.

#### 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. Por ejemplo, el Real Decreto 896/1991, sobre 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 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 Públi-

ca<sup>164</sup>. 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 (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 (STSJ de Canarias de 30 de abril de 2005)<sup>165</sup>.

#### 4.2 La publicidad en los exámenes orales y su constancia en documento audiovisual

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<sup>166</sup>.

Además, en el ámbito de los exámenes orales, la discrecionalidad técnica del órgano de selección alcanza sus mayores cotas, siendo muy complicado después lograr 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 irrevisible 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.

---

<sup>164</sup> 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».

<sup>165</sup> 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).

<sup>166</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 325.

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 audiovisual 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. Incluso la grabación debería ser «colgada» en la correspondiente página Web oficial, para su visualización por el resto de participantes en el proceso selectivo. Y, en caso de que proceda la revisión, ésta será posible gracias a la grabación <sup>167</sup>.

### 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 <sup>168</sup>. 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 Luque <sup>169</sup> 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.

---

<sup>167</sup> 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 irrevisibilidad 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.

<sup>168</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 233.

<sup>169</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 326.

#### 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 (ver las SSTs de 15 de diciembre de 2011, 18 de enero de 2012 y 27 de junio de 2008).

#### 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 órgano de selección<sup>170</sup>, y además se le permite 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.

Sin embargo, como se indicó, cualquier regla sobre valoración debe ser fijada *ex ante* y con publicidad. Y en el caso de la nota de corte, por su relevancia, parece más conveniente que deba ser fijada por las propias bases reguladoras (por ejemplo, fijando un número máximo de aspirantes que pueden superar el corte, o fijando un porcentaje máximo sobre el número de plazas ofertadas).

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

---

<sup>170</sup> 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) en las oposiciones para ingreso en la Escuela Judicial (Carrera Judicial y Fiscal)».

que un 5 sobre 10 es el mínimo a exigir en cualquier prueba de examen, entendido como un 50% de las respuestas acertadas en el caso de test.

#### 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 Antolín<sup>171</sup> 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 Morón<sup>172</sup> 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<sup>173</sup>. 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.

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*»,

<sup>171</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 145.

<sup>172</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; CASTILLO BLANCO, F. A.; PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., 2007, p. 417.

<sup>173</sup> RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 217, y GOÑI SEIN, J. L., 2009, p. 368.

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 <sup>174</sup>.

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 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 Morón <sup>175</sup> 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» <sup>176</sup>. 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.

---

<sup>174</sup> RAMOS MORAGUES, F., 2011, p. 217, y PARADA VÁZQUEZ, R., 2007, p. 142.

<sup>175</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M.; CASTILLO BLANCO, F. A., PALOMAR OLMEDA, A., y SALA FRANCO, T., 2007, p. 417.

<sup>176</sup> En el mismo sentido RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., 2010, p. 217. La autora añade que, lógicamente, cualquier cláusula en un convenio colectivo que infrinja lo expuesto, será nula.

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*, 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 funcionario, 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 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 Hernandis<sup>177</sup>, 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.

---

<sup>177</sup> PINAZO HERNANDIS, J., 2007, pp. 257 y ss.

## 5. LA NO SIMULTANEIDAD DE PROCESOS SELECTIVOS

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 laborales 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 (A.2). Y estas mismas pruebas no deben ser simultaneadas por las Administraciones autonómicas con las pruebas de la Administración General del Estado. Estas reglas deberían ser establecidas expresamente por el legislador.

CAPÍTULO 7

**LA SELECCIÓN DEL PERSONAL DE LOS ENTES  
DEL SECTOR PÚBLICO DISTINTOS  
DE LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES:  
LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

1. VIGENCIA PLENA DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO  
Y CAPACIDAD

Tal y como se ha expuesto en el Capítulo 1 de esta obra, el derecho fundamental de acceso al empleo público en condiciones de igualdad (reconocido en los arts. 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<sup>1</sup>), 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<sup>2</sup>. Por tanto, este derecho fundamental se refiere a los puestos de trabajo de:

– 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 aquéllas 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.

---

<sup>1</sup> La referencia al personal funcionario incluye al personal estatutario de las Instituciones Sanitarias.

<sup>2</sup> Aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

## ■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

- 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.

En los Capítulos anteriores de esta obra 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.

Especialmente en el caso de las Entidades Públicas sometidas al Derecho Privado, de las sociedades y fundaciones del Sector Público y de los Organismos Reguladores, la vigencia de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad sufre importantes mermas. 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 Andaluz, 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»<sup>3</sup>.

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 debilitado en relación con la vigencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad, tal y como se ha expuesto en el Capítulo 4 de esta obra)<sup>4</sup>. Así, a diferencia de lo que tradicio-

---

<sup>3</sup> 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».

Otro ejemplo es el Procedimiento Abreviado 204/2004 seguido ante el Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 3 de Zaragoza, en el que se enjuiciaba una convocatoria para la selección de personal laboral por una Entidad de Derecho Público. Esta sentencia, en la que posteriormente se basarán otras del resto de Juzgados de la misma jurisdicción (y que fue confirmada en apelación por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Aragón, en sentencia de 18 de diciembre de 2007) señala que «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».

<sup>4</sup> Como indica CARDONA PERETÓ, la falta de rigor en la selección ha producido una pérdida de profesionalidad en el empleo público, quedando 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., 2006, pp. 1 y ss.).

nalmente viene sucediendo en las Administraciones Públicas territoriales, las Entidades 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 vitae<sup>5</sup>, 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.

La elusión, a través de la creación de este tipo de Entidades Públicas y Privadas, de la normativa sobre acceso al empleo público de las Administraciones Públicas se ubica dentro de la denominada «huida del Derecho Administrativo».

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<sup>6</sup>. 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 y sin verdadero rigor técnico, etc.).

## 2. LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE ENTIDADES INSTRUMENTALES Y ORGANISMOS REGULADORES

A lo largo del Siglo pasado y del presente, han proliferado las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas, dando lugar a una auténtica galaxia<sup>7</sup>. Dentro de este fenómeno ha destacado el desplazamiento hacia el Derecho Privado, mediante la creación de Entes de Derecho Público sometidos al Derecho Privado, Entes con personalidad privada (sociedades mercantiles y fundaciones del Sector Público) y Administraciones Independientes u Organismos Reguladores.

---

<sup>5</sup> Como muestra de ello, puede verse el *Informe CEMCI 2000*.

<sup>6</sup> Eso es lo que ha sucedido, por ejemplo, con la legislación electoral, que regula escrupulosamente el procedimiento electoral.

<sup>7</sup> LÓPEZ MENUDO, F., 2004, p. 96.

Sobre estas Entidades 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) en muchos casos con el objetivo de eludir los controles impuestos por el Derecho Administrativo y por el Derecho Presupuestario<sup>8</sup>, 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<sup>9</sup>, 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 en realidad el acceso de este personal por procedimientos mucho menos respetuosos (o nada respetuosos) con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

La enorme variabilidad de Entidades Instrumentales es fruto también de una legislación dispersa, donde ni siquiera existe una legislación básica que debería haberse dictado (por tratarse del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas al que se refiere el artículo 149.1.18.ª CE)<sup>10</sup>. Solamente procede indicar aquí que, en la Administración General del Estado, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), define la figura de los Organismos Públicos, dentro de la cual se sitúan los Organismos Autónomos, sometidos al Derecho Administrativo, y las Entidades Públicas Empresariales, sometidas al Derecho Privado, salvo ciertos aspectos. Pero no regula las fundaciones ni las sociedades del Sector Público, y excluye de su ámbito de aplicación a una larga lista de Organismos que se rigen por su régimen específico. También la Ley 28/2006, de Agencias Estatales, introduce la figura de las Agencias.

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».

<sup>8</sup> En este sentido ver JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., 1987, p. 349.

<sup>9</sup> Ver PASCUAL GARCÍA, J., *PGP*, pp. 109-128.

<sup>10</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., 2006, p. 404; RIVERO ORTEGA, 1998, pp. 63 y ss.; PÉREZ MORENO, A., p. 1455; PARADA VÁZQUEZ, R., 1987; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., *RGDA*, pp. 1-47; FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., 2004, p. 343; MONTROYA MARTÍN, E., 2012, p. 89, y GARCÍA LLOVERT, E., Madrid, 1994.

La creación de Entidades Instrumentales sometidas al Derecho Privado suele justificarse en que facilita una gestión más flexible que la que permite el Derecho Administrativo general, «basado, en muchas de sus facetas, en la garantía del ciudadano y en la desconfianza hacia el administrador»<sup>11</sup>, e incluso en la necesidad de escapar al principio de caja única del Estado y a los rígidos controles de la contabilidad pública.

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<sup>12</sup>. 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»<sup>13</sup>.

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 ineficacia, pérdidas económicas y despilfarro<sup>14</sup>. Además, el *modus operandi* de la empresa privada no es del todo trasladable a la Administración Pública<sup>15</sup>, que persigue el interés general y el principio de universalidad, por lo que no puede regirse siempre por los criterios de rentabilidad económica<sup>16</sup>. Las Empresas Públicas<sup>17</sup> dependen del poder político, lo cual afecta al nombramiento de sus gestores con

---

<sup>11</sup> CLAVERO ARÉVALO, M. F., *DA*, pp. 23 y ss.

<sup>12</sup> BAUZÁ MARTORELL, F. J., 2001, p. 23. Ver también MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., 1991, pp. 116 y ss., y PALOMAR OLMEDA, A., *RICA*, pp. 121-178.

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., 2010, p. 43).

<sup>13</sup> CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., *RAD*, pp. 55-74.

<sup>14</sup> MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., 1994, p. 992; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *RAP*, pp. 63-132. Ver también CUADRADO ROURA, J. R., y CARRILLO NEFF, M., 2008, p. 12; VILLAR ROJAS, F. J., 2004; NAVAJAS REBOLLAR, M., 2000, p. 77, y PAREJO ALFONSO, L., 1991, pp. 11 y ss.

<sup>15</sup> DEL SAZ CORDERO, S., 1999, p. 153.

<sup>16</sup> 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 estas organizaciones» (NAVAJAS REBOLLAR, M., 2000, p. 80).

<sup>17</sup> 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., 1997, pp. 38 y 39.

criterios clientelares<sup>18</sup>. Asimismo, en la empresa pública no existe un empresario particular que se juega su patrimonio con la marcha del negocio<sup>19</sup>.

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.

En el campo de la Ciencia Económica, indica Amengual Antich que la mayor eficacia de la gestión a través de Entes Instrumentales sometidos al Derecho Privado no resiste el más mínimo análisis, remitiéndose a la conclusión 1.ª del Grupo de trabajo A.2 del III Congreso Nacional de Auditoría en el Sector Público<sup>20</sup>. 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. Incluso 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.

Una prueba a favor del reconocimiento del desastre que han supuesto las Entidades Instrumentales es la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que ha modificado el artículo 85.2 de la Ley 7/1985, que pasa a disponer que, para gestionar 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 otras formas de gestión directa, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

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 par-

<sup>18</sup> ARIÑO ORTIZ, G., 2007, p. 101.

<sup>19</sup> En definitiva, se entiende 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» (ARIÑO ORTIZ, G., 2007, p. 168, y 1994, pp. 1 y ss.).

<sup>20</sup> AMENGUAL ANTICH, J., *Auditoría Pública*, pp. 51-59.

te 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 obra) 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. Sin embargo, esta cuestión puede resolverse, pues la RPT puede ser diseñada con puestos de trabajo con funciones más amplias y genéricas<sup>21</sup>.

– 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 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 funcionarial (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 las necesidades organizativas.

En definitiva, la doctrina ha destacado la utilización de los Entes Instrumentales con el objetivo de eludir los límites sobre endeudamiento del Sector Público<sup>22</sup>, atender objetivos electoralistas<sup>23</sup>, eludir los principios de mérito y capacidad en la selección de los empleados contratando a personas afines a los gobernantes y a los partidos políticos<sup>24</sup>, retribuir los cargos políticos a sus correligionarios<sup>25</sup>, y eludir la normativa sobre contratos administrativos<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> Ver CASTILLO BLANCO, F., 2003, p. 177.

<sup>22</sup> Ver CUADRADO ROURA, J. R., y CARRILLO NEFF, M., 2008, pp. 12 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., *RGDA*, pp. 1-47, y *RAP*, pp. 45-74, y PINA, V., TORRES, L., y ACERETE, J. B., 2003, pp. 23 y ss.

<sup>23</sup> Ver GÓMEZ AGUSTÍN, M., 2004, pp. 71 y ss., y PRADO LORENZO, J. M., MARTÍN JIMÉNEZ, D., y GARCÍA SÁNCHEZ, I. M.<sup>a</sup>, Auditoría Pública. *Revista de los Organos Autonómicos de Control Externo*, pp. 63 a 70.

<sup>24</sup> Ver AMOEDO SOUTO, D., 2004, p. 147, y REBOLLO PUIG, M., *RAAP*, pp. 359-393.

<sup>25</sup> Ver TRONCOSO REIGADA, A., 1997, pp. 53 y 54, y DE LA CRUZ FERRER, J., 1995, p. 229, AMOEDO SOUTO, D., 2004, p. 199 y 210, y MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., 1994, p. 1039.

<sup>26</sup> AMOEDO SOUTO, D., 2004, pp. 199 y 213. Sobre contratación de los Entes Instrumentales, ver también GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, *RAP*, pp. 129-170, y CARBONELL PORRAS, E., *Noticias de la Unión Europea*, pp. 29-41.

Esta problemática se agudiza en el caso de las sociedades mercantiles. En palabras de Vivero Serrano, «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»<sup>27</sup>.

El problema de la huida del Derecho Administrativo se agudiza porque las Entidades Instrumentales sujetas al Derecho Privado han ido asumiendo «auténticas funciones y actividades que constituyen el meollo mismo de la función administrativa»<sup>28</sup>. Al respecto, debe destacarse que las sociedades mercantiles y fundaciones no pueden ejercitar potestades administrativas<sup>29</sup> y solamente los funcionarios públicos pueden ejercitar las potestades administrativas, tal y como dispone el artículo 9.2 EBEP.

En todo caso, 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<sup>30</sup>, y el Derecho Privado no permite garantizar dichos principios<sup>31</sup>.

Como indica Parejo Alfonso<sup>32</sup>, 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<sup>33</sup>. 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

<sup>27</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 59. En el mismo sentido, ver TRONCOSO REIGADA, A., 1997, p. 56, NIETO GARCÍA, A., 1996, p. 233, y FUENTETAJA PASTOR, J. A., 2012, p. 81.

<sup>28</sup> Actividades administrativas tales como contratación de obras e infraestructuras públicas, distribución de ayudas públicas, etc. Ver GARRIDO FALLA, F., 1994, p. 41. Ver también DESDENTADO DAROCA, E., 1999, p. 89.

<sup>29</sup> Disposición adicional duodécima de la LOFAGE y artículo 5.5 de la Ley 30/1992.

<sup>30</sup> 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., *Revista Jurídica de Navarra*, p. 12).

<sup>31</sup> Ver en este sentido LAGUNA DE PAZ, J. C., pp. 201-232, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *RAAP*, pp. 25-68, y DEL SAZ CORDERO, S., *RAP*, p. 60.

<sup>32</sup> PAREJO ALFONSO, L., *DA*, p. 33.

<sup>33</sup> Ver TRONCOSO REIGADA, A., 1997, p. 59.

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.

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<sup>34</sup>. En definitiva, se trata de mejorar los procesos administrativos introduciendo mayor agilidad y flexibilidad, pero sin eliminar el sistema de garantías del Derecho Público<sup>35</sup>.

La problemática expuesta sobre la huida del Derecho Administrativo se produce también con los Organismos Reguladores o Administraciones Independientes, indicando Parada Vázquez que 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 funcio-narial. La huida 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»<sup>36</sup>.

Además, en el caso de los Organismos Reguladores se agudiza la proble-mática del ejercicio de potestades administrativas por personal laboral, admi-tido por la propia legislación<sup>37</sup>.

### 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 conteni-das 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 Admi-

---

<sup>34</sup> Ver MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., 1994, NAVAJAS REBOLLAR, M., 2000, p. 82, PAREJO AL-FONSO, L., *RDU*, pp. 947 y ss., MARTÍNEZ MARTÍ, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, pp. 71-80, PALOMAR OLMEDA, A., *RICA*, pp. 121-178, DESDENTADO DAROCA, E., 1999, p. 132, VILLAR ROJAS, F. J., 1993, p. 364, y TRONCOSO REIGADA, A., 1997, p. 560.

<sup>35</sup> PÉREZ GÁLVEZ, J. F., p. 213.

<sup>36</sup> PARADA VÁZQUEZ, R., 1994, p. 87. En la misma línea, FUENTETAJA PASTOR, J. A., 2012, p. 78.

<sup>37</sup> Destaca RAMOS MORAGUES que la reserva de funciones al personal funcionario establecida en el artículo 9.2 EBEP no les resulta aplicable (RAMOS MORAGUES, F., *AL*, p. 2).

nistraciones 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 Públicos<sup>38</sup>. Indica Cantero Martínez que 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<sup>39</sup>.

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

---

<sup>38</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 58.

<sup>39</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 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.

igualdad, mérito y capacidad, pudiendo destacarse que, *de facto*, existen situaciones en las que ni siquiera se tramita un verdadero proceso selectivo<sup>40</sup>.

### 3.2 Los Organismos Reguladores y otros Entes de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE

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<sup>41</sup>.

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 (arts. 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 obra, 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.

---

<sup>40</sup> 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., 2007, p. 491).

<sup>41</sup> Están configuradas de tal modo que el Gobierno carece sobre ellas de las típicas potestades de dirección que tiene sobre la Administración instrumental (MAGIDE HERRERO, M., 2000, p. 33).

Pero, como indica Molina García<sup>42</sup>, aunque el estatuto preferentemente funcional 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.

En el ámbito de los Organismos Reguladores, el EBEP ha dispuesto lo siguiente:

– En primer lugar, el artículo 4.h) 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 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 las que en esta obra me refiero.

Los Entes excluidos de la aplicación del EBEP por su Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> son aquellos a los que se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE. Ésta se refiere expresamente al «*Régimen jurídico de 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*

---

<sup>42</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, p. 133.

*Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, 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».*

La doctrina entiende que esta Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> del EBEP plantea problemas interpretativos, debido a que no todos los Entes a que se refiere la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> LOFAGE son Organismos Reguladores. Así, Sánchez Morón<sup>43</sup> 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 5.<sup>a</sup> EBEP, a pesar de utilizar la expresión «*Organismos Reguladores*», se remite por completo y sin exclusiones a la citada Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> LOFAGE, que incluye expresamente a todos estos Organismos, aunque no sean Reguladores.

A este respecto, Cantero Martínez<sup>44</sup> considera que, atendido el espíritu del EBEP y su vocación general, sólo deben entenderse afectados por la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> 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.

En conclusión, debería ser subsanado el tenor literal de dicha Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> EBEP, en el sentido de que aclare si se refiere a todos los Organismos mencionados en la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> LOFAGE, o solamente a los Organismos Reguladores.

Debe añadirse que el apartado 2 de la citada Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> LOFAGE añade que «*los Organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes,*

---

<sup>43</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 35.

<sup>44</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 77.

*contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los Organismos públicos que, en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo».*

Parece que los Organismos no mencionados en el apartado 1 de dicha Disposición Adicional sí se regirían en cuanto al régimen de su personal por las prescripciones de la LOFAGE para los Organismos públicos, si bien solamente por las que *«en cada caso resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada Organismo».*

En todo caso, respecto de los Organismos Reguladores, 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, y ha dispuesto en su artículo 31 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.*

*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 obra.

En cuanto al resto de Entidades a que se refiere la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, la situación normativa es similar.

En particular, en la presente obra se hace 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 supe-*

rado 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 obra (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 registrará 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 funcio-*

nario, 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.

– Consejo de Transparencia y Buen Gobierno

La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, ha creado el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno y lo ha incluido entre los Organismos de la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE. En cuanto al personal y su selección, dicha Ley 19/2013 sigue una línea similar a lo dispuesto por la Ley 3/2013 respecto de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Así, dispone en su artículo 39 que el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se regirá, además de por lo dispuesto en esta Ley, por el EBEP y por «*las demás normas aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado, en materia de medios personales*». Y añade que «*con carácter general, los puestos de trabajo del Consejo de Transparencia y Buen 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*».

Mediante Real Decreto 919/2014, de 31 de octubre, se ha aprobado el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, aunque el mismo no contiene ninguna previsión sobre la selección del personal. Así, se limita a disponer en su artículo 26 sobre el régimen de personal, lo siguiente:

«1. *Con carácter general, el personal al servicio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno tendrá el carácter de funcionarios públicos de acuerdo con lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Bá-*

*sico del Empleado Público y las normas de función pública aplicables al personal funcionario de la Administración General del Estado.*

2. *El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno contará con una relación de puestos de trabajo, propuesta por el Presidente a los órganos competentes, en la que constarán:*

a) *Los puestos que deban ser desempeñados en exclusiva por personal funcionario, 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, así como 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 de puestos y las retribuciones complementarias.*

b) *El resto de puestos de trabajo serán desempeñados, con carácter general, por personal funcionario. Excepcionalmente podrán existir puestos de personal laboral en los supuestos en que sea posible de acuerdo con la legislación de función pública aplicable a la Administración General del Estado.»*

– Agencia de Protección de Datos

La Agencia de Protección de Datos es definida por el artículo 35 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, como «*un ente de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones*», añadiendo dicho artículo que «*se regirá por lo dispuesto en la presente Ley y en un Estatuto propio, que será aprobado por el Gobierno*». Respecto del personal de la Agencia, solamente dispone la Ley Orgánica que «*los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integren la Agencia de Protección de Datos serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones públicas y por personal contratado al efecto, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo*».

Por su parte, el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos (aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo), no contiene previsiones sobre la selección del personal de la Agencia, pues se refiere solamente a la Relación de puestos de trabajo, a las retribuciones y a la provisión de puestos de trabajo.

Por otro lado, y aunque actualmente no aparezca expresamente citada en la Disposición Adicional Décima de la LOFAGE, puede hacerse también una referencia a la Corporación Radiotelevisión Española. Respecto de ella, la Disposición Adicional Duodécima de la LOFAGE dispone que «*la Corpora-*

*ción 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, que las pruebas teórico-prácticas pueden tener carácter eliminatorio si así lo determina la convocatoria, y que 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<sup>45</sup>.

En conclusión, y de acuerdo con lo expuesto sobre la legislación reguladora de los Organismos Reguladores y otros Entes citados en la Disposición Adicional 10.<sup>a</sup> LOFAGE, se puede 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 y en la Disposición Adicional Quinta EBEP 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.

Como ejemplo de las consecuencias prácticas de la deficiente legislación, puede citarse el Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización de la Comi-

---

<sup>45</sup> En todo caso, puede hacerse referencia a la Resolución de 8 de abril de 2014, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con el Informe de fiscalización de la Corporación RTVE y sus Sociedades, correspondiente a los ejercicios comprendidos entre el 1 de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2011. Baste mencionar que, según dicho Informe, en los últimos años numerosas sentencias judiciales han declarado la existencia de fraudes de ley en las contrataciones por obra y servicio determinado realizadas por RTVE, lo cual ha dado lugar a que por dichas sentencias se haya declarado a dichos trabajadores como indefinidos en la empresa. El informe señala también que «la contratación de personal temporal de CRTVE presentaba importantes incumplimientos de la legislación vigente: contrataciones de personal no incluido en el Banco de Datos previsto en el Convenio Colectivo y sin contar con el informe favorable del Comité de Empresa, contratos que no especificaban el periodo de prueba, concatenaciones de contratos eventuales y contratos por obra, y contrataciones que excedieron de la duración máxima prevista para la modalidad contractual, entre otros (...) Todas las contrataciones del personal laboral adscrito a las corresponsalías de CRTVE en el extranjero se han producido sin intervención ni autorización previa de la Dirección de Recursos Humanos, siendo realizados los contratos directamente por cada corresponsal».

sión 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.

La situación es, pues, totalmente insuficiente, pues se trata también de empleo público<sup>46</sup>, y la flexibilidad con que se desarrollan estos procesos selectivos hace necesaria la extensión a ellos de las garantías analizadas en la presente obra, 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. Se expone a continuación lo dispuesto por la LOFAGE en cuanto al personal de los distintos Organismos Públicos.

---

<sup>46</sup> Aunque no se trate de empleados públicos en el sentido del EBEP (empleados de una Administración Pública).

### 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 2 de esta obra.

### 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 Laboral<sup>47</sup>, estableciendo expresamente la necesidad de seleccionar a dicho personal laboral (excepto el directivo) mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad,

---

<sup>47</sup> 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.

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 Martínez<sup>48</sup> 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 acceso se realice mediante convocatoria pública y con aplicación de los principios de mérito y capacidad.

Sin embargo, como se indica en esta obra, 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 *curriculum 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 la LOFAGE ya preveía el sometimiento de su selección a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, no imponía un procedimiento reglado para realizar esta selección, sin precisar ante qué jurisdicción residenciar las impugnaciones<sup>49</sup>.

En esta línea, Del Saz Cordero<sup>50</sup> 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

---

<sup>48</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 60.

<sup>49</sup> 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., 2001, p. 691.

<sup>50</sup> DEL SAZ CORDERO, S., 1999, p. 162.

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».

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 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 dispone que los procedimientos de contratación «*se difundirán utilizándose a este fin las páginas web de los Departamentos y Organismos así como en el punto de acceso general [www.administracion.gob.es](http://www.administracion.gob.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<sup>51</sup>.

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 Empresariales<sup>52</sup>. 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 obra, 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, Fernán-

<sup>51</sup> BACIGALUPO SAGGESE, M., 1999, pp. 101 y ss.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 58.

dez 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 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»<sup>53</sup>.

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 4 de la presente obra 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 2 de esta obra.

### 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». Y añade 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 auto-

---

<sup>53</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., 2004, p. 353.

mía 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».

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 funcionario y personal laboral.

En cuanto a la selección de nuevo personal, incluso laboral, la Ley 28/2006 (art. 19) dispone expresamente que se realizará mediante convocatoria pública y de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Además, 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 obra. 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 de procesos selectivos, cuya eliminación se postula en el Capítulo 2 de esta obra.

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 puede verse, 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<sup>54</sup>.

La situación de la normativa reguladora del acceso al empleo en estas Entidades Instrumentales no es óptima. Así, las sociedades mercantiles y fun-

---

<sup>54</sup> 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.

daciones 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. Se hará aquí una referencia a la legislación estatal. La Ley General Presupuestaria, 47/2003<sup>55</sup>, 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, deben sumarse las participaciones correspondientes a las Entidades integradas en el Sector Público estatal que participen en dicho capital<sup>56</sup>.

– 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<sup>57</sup>. Y es que, como indica Sánchez Morón<sup>58</sup>, las sociedades y fundaciones del Sector Público 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 comunita-

<sup>55</sup> Ver también el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal De Cuentas.

<sup>56</sup> 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., 1997, pp. 38 y 39.

<sup>57</sup> Ver PALOMAR OLMEDA, A., 1998, p. 230, CATALÁ POLO, R., DA, pp. 113-132, DEL SAZ CORDERO, S., 1995, pp. 56 y 59, y CUETO PÉREZ, M., REDA, pp. 747-760.

<sup>58</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 55.

rias en materia de contratación pública. Por esa misma razón, concluye el autor, deberían aplicárseles también las normas comunes sobre empleo público.

Señala también Vivero Serrano<sup>59</sup> que no parece acorde con los artículos 9.1, 9.3, 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<sup>60</sup> o que postulan la aplicación más flexible de estos principios<sup>61</sup>.

Sobre la cuestión de a qué sociedades y fundaciones debería aplicarse el EBEP, autores como Vivero, citando a su vez a Sánchez Morón<sup>62</sup>, Cantero Martínez<sup>63</sup> y Fondevilla Antolín<sup>64</sup>, entienden que debería resultar aplicable a todas las Entidades privadas del Sector Público, sin distinguir el tipo de actividad que desarrollen. Sin embargo, existen otras tesis más restrictivas, como la de Molina Navarrete<sup>65</sup>, 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».

---

<sup>59</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 57.

<sup>60</sup> MOLINA GARCÍA, M., 2000, pp. 25, 233 y 234, y MARTÍNEZ MORENO, C., 2007, p. 188.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGOS, J., *RL*, pp. 302-337, y MONTOYA MARTÍN, E., p. 835.

<sup>62</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2007, p. 79.

<sup>63</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, pp. 64 y ss.

<sup>64</sup> FONDEVILLA ANTOLÍN, J., 2008, pp. 76 y ss.

<sup>65</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *Trabajo y Seguridad Social*, p. 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<sup>66</sup>. 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 Martínez<sup>67</sup>, el EBEP finalmente no ha realizado la distinción que postulaba el Informe de la Comisión de Expertos

---

<sup>66</sup> Como se ha expuesto en apartados anteriores, en esta obra 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.

<sup>67</sup> CANTERO MARTÍNEZ, J., p. 72.

(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 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 1.<sup>a</sup> EBEP solamente les aplica dicho cuerpo legal parcialmente, limitado a los artículos 52, 53, 54, 55 y 59 EBEP. 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<sup>68</sup>.

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.

---

<sup>68</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., 2008, p. 84.

El problema es en qué se concreta la aplicación de estos principios. Al respecto, Sánchez Morón<sup>69</sup> 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 1.<sup>a</sup>, ni siquiera es supletorio para las sociedades y fundaciones del Sector Público<sup>70</sup>. Y, como ha señalado Jiménez Asensio<sup>71</sup>, dicha Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> 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 1.<sup>a</sup> 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»<sup>72</sup>.

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 imparcia-

<sup>69</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., 2008, pp. 400 y ss.

<sup>70</sup> DOMINGO ZABALLOS, M. J., 2011, p. 872. Aunque entiende que será aplicable la jurisprudencia sobre personal laboral de las Administraciones Públicas.

<sup>71</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., 2008, p. 75.

<sup>72</sup> DOMINGO ZABALLOS, M. J., 2011, p. 878.

les y profesionales y la resolución del procedimiento selectivo en base a un juicio técnico»<sup>73</sup>.

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 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 Morón<sup>74</sup>, 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 Luque<sup>75</sup>, 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<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> MAURI MAJÓS, J., *QDL*, pp. 7-23

<sup>74</sup> SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 79. Ver también SALA FRANCO, T., 1989, p. 28 y 162, NIETO GARCÍA, A., 1996, pp. 231 y ss., CASTILLO BLANCO, F. A., 1993, p. 221, MONTROYA MARTÍN, E., 1996, pp. 567 y ss., LÓPEZ GANDÍA, J., *PJ*, p. 159, GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGU, J., *RL*, p. 311, y RIVERO LAMAS, J., *REDT*, pp. 607-638.

<sup>75</sup> PÉREZ LUQUE, A., 2001, p. 680.

<sup>76</sup> La cuestión se planteó también en relación con la Disposición Adicional 6.ª 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, p. 273), que de nada sirve reconocer tales principios si no existen unos procedimientos reglados de selección de contratistas (DEL SAZ CORDERO, S., *RAP*, pp. 57-98), 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., *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, pp. 71-80).

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 Antolín<sup>77</sup>, quien, al tratar del principio de imparcialidad del órgano de selección en los Entes con personalidad jurídico 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 autor<sup>78</sup> 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 6 de esta obra. 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<sup>79</sup>, «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 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».

---

<sup>77</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 81.

<sup>78</sup> FONDEVILA ANTOLÍN, J., 2008, p. 82.

<sup>79</sup> Dictamen 151/2003.

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 Andaluz<sup>80</sup>, 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.<sup>a</sup> 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».

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.

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

---

<sup>80</sup> Queja 07/2365.

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»<sup>81</sup>, 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 obra (en los capítulos 2,3,4,5 y 6). 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 2 de esta obra, de manera que estos Entes se nutran de personal externo, seleccionado por las Administraciones Públicas de las que dependen.

En definitiva, hay argumentos sólidos para 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.

---

<sup>81</sup> Noviembre 2007.

En todo caso, debe indicarse que las nuevas leyes de desarrollo dictadas por las Comunidades Autónomas no están en la línea de las opciones propuestas en esta obra, sino que más bien reproducen la insuficiente opción de la disposición adicional 1ª. del EBEP. Así, la nueva Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura, dispone en su artículo 4, en relación con las Entidades del Sector Público autonómico e incluso local que sean instrumentales con personalidad de Derecho Privado, *«tales como sociedades mercantiles y fundaciones privadas de iniciativa pública, así como consorcios que adopten formas de sociedad mercantil»*, que *«se le aplicará, en todo caso, la regulación sobre oferta de empleo público contenida en el artículo 29, la relativa a la obligatoriedad de tener un registro de personal contenida en el artículo 43, los principios rectores del acceso al empleo público contemplados en el artículo 88, los deberes, código de conducta y régimen de incompatibilidades previstos en el capítulo IV del título IV, así como los relativos a personal directivo profesional contenidos en el capítulo II del título II y acceso a la función pública de personas con discapacidad a que hace referencia el capítulo III del título VI»*.

Igualmente, la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha, dispone en su artículo 2 que solamente los principios contenidos en los artículos 14.2 (sobre designación del personal directivo profesional), 37 (principios rectores de los procesos selectivos de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha), 41 (reserva de plazas para personas con discapacidad) y 43 (adaptaciones razonables para las personas con discapacidad) serán de aplicación a las siguientes entidades: *a)* Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las Administraciones públicas de Castilla-La Mancha sea superior al cincuenta por ciento, y *b)* Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias Administraciones públicas de Castilla-La Mancha o sociedades mercantiles citadas en el párrafo *a)* anterior o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un cincuenta por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

Finalmente, respecto de las Entidades del Sector Público autonómico y local con personalidad de Derecho Privado, el artículo 4 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana, solamente dispone que les serán aplicables *«las previsiones de esta Ley referentes*

*al código de conducta, los principios de selección y el acceso al empleo público de las personas con discapacidad»<sup>82</sup>.*

### 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. 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<sup>83</sup>. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 2, les resulta aplicable el EBEP.

En todo caso, no parece que los Consorcios, a partir de 2013, puedan tramitar procesos selectivos, porque la Disposición Adicional Vigésima, a la Ley 30/1992 (añadida por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local) dispone que *«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»*.

Por su parte, la Ley 15/2014 ha añadido a la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud, una nueva disposición adicional única, sobre el Régimen jurídico de los consorcios sanitarios (cuyo objeto principal sea la prestación de servicios del Sistema Nacional de Salud), que dispone que *«el personal al servicio de los consorcios sanitarios podrá ser funcionario, estatutario o laboral procedente de las Administraciones participantes o laboral en caso de ser contratado directamente por el consorcio. El personal laboral contratado directamente por los consorcios sanitarios adscritos a una misma Administración se someterá al mismo régimen. El régimen jurídico del personal del consorcio será el que corresponda de acuerdo con su naturaleza y procedencia»*.

<sup>82</sup> Por su parte, el Proyecto de Ley de empleo público de Galicia, publicado en el Boletín Oficial del Parlamento de Galicia n.º 397, de 30 de diciembre de 2014, se ubica en la misma línea, al disponer que a dichas Entidades privadas del Sector Público les serán aplicables las previsiones de dicha ley relativas a principios de selección, acceso al empleo público de las personas con discapacidad, principios de actuación y deberes y código de conducta.

<sup>83</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 61, SÁNCHEZ MORÓN, M., y otros, 2007, p. 57, CANTERO MARTÍNEZ, J., 2007, p. 65. y el Informe de la Comisión de Expertos de estudio del EBEP, p. 28.

### 3.6 Las Corporaciones de Derecho Público

Siguiendo a Martínez de Viergol<sup>84</sup>, 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 149.1.18.<sup>a</sup> 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<sup>85</sup>.

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 Profesionales<sup>86</sup>, ha considerado que son Corporaciones que desempeñan importantes funciones públicas en relación con la profesión que se ejerce. Según Martínez de Viergol<sup>87</sup>, hay tres corrientes doctrinales<sup>88</sup> sobre su naturaleza jurídica: los que

---

<sup>84</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., 2001, p. 696. Ver también FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., 2004, pp. 365 y ss.

<sup>85</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., 2001, p. 699.

<sup>86</sup> *Vide* STC 89/1989.

<sup>87</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., 2001, p. 700.

<sup>88</sup> *Vide* PULIDO QUECEDO, M., 1992, pp. 361 y ss.

las encuadran en la estructura administrativa (Baena del Alcázar<sup>89</sup>, Garrido Falla<sup>90</sup>), los que los califican como Corporaciones sectoriales de base privada<sup>91</sup>, y los que las consideran como Entes característicamente públicos, pero absolutamente separados de la Administración del Estado<sup>92</sup>. 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 Viergol<sup>93</sup> 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 pública<sup>94</sup>, 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).

A la vista de lo expuesto, autores como Martínez de Viergol<sup>95</sup> 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 Serrano<sup>96</sup>, 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<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> BAENA DEL ALCÁZAR, M., 1968, pp. 1 y ss.

<sup>90</sup> GARRIDO FALLA, F., 1980, pp. 1 y ss.

<sup>91</sup> Opción que, según indica MARTÍNEZ DE VIERGOL (2001, p. 700) es la acogida por el Tribunal constitucional.

<sup>92</sup> ARIÑO ORTIZ, G, *RAP*, pp. 27-72.

<sup>93</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., 2001, p. 701.

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., p. 701.

<sup>96</sup> VIVERO SERRANO, J. B., 2009, p. 62.

<sup>97</sup> Al respecto, ver PARADA VÁZQUEZ, R., 2005, pp. 334 y ss., y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., 2004, pp. 498 y ss.

#### 4. LA NECESARIA CONCRECIÓN DE LA NORMATIVA Y LA TRANSPARENCIA DE LAS ENTIDADES INSTRUMENTALES DEL SECTOR PÚBLICO

De todo lo expuesto, en general, se desprende que 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 laboral<sup>98</sup>, 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 esta obra (Capítulos 2, 3, 4, 5 y 6), especialmente lo referente a la imparcialidad del órgano de selección. Ello incluye, por tanto, articular una máxima publicidad o transparencia sobre los procesos selectivos y 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 5 de esta obra. Ello incluye la imposición a estas Entidades privadas del uso del programa informático de control de la gestión de los puestos de trabajo a que se hace referencia en dicho Capítulo 5, 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 5, 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

---

<sup>98</sup> 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 MARTÍN 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., 1996, p. 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.

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 2 de esta obra, 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 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, 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.

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 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 compo-

ción 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.

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<sup>99</sup>.

Finalmente, debe destacarse que uno de los graves riesgos de las Entidades Instrumentales es la falta de transparencia en su actuación<sup>100</sup>. Por tanto, a las Entidades Instrumentales les resultan aplicables todas las opiniones expuestas en esta obra sobre transparencia administrativa y, en particular, sobre transparencia en el reclutamiento de empleados públicos.

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 mencionada 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

---

<sup>99</sup> AMOEDO SOUTO, D., 2004, pp. 130 y 180.

<sup>100</sup> UTRILLA DE LA HOZ, A., 2006.

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»*.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO CAMPOY, M. A., «Pasado, presente y futuro de la función pública», *Cuadernos económicos ICE*, 1980, pp. 19-122.
- 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., 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*, 1992, pp. 9-38.
- ALFONSO MELLADO, C. L., «Informe sobre la posibilidad de que las organizaciones sindicales participen en los órganos de selección en el empleo público», *RDS*, 2007, pp. 205-212.
- «Contratación temporal en unificación de doctrina», *RDS*, 2002, pp. 167-202.
- ALMOACID LAMELAS, V., *Entidades públicas y privadas vinculadas a la Administración Local*, Barcelona, 2008.
- 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*, 2013, pp. 51-58.
- ALZAGA RUIZ, I., «Contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas: especial consideración del contrato de interinidad», en AA.VV., Dir., LUELMO MILLÁN, M. A., *Relaciones Laborales en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2007.
- AMENGUAL ANTICH, J., «El control de los entes instrumentales», *Auditoría Pública*, 2009, pp. 51-59.
- AMOEDO SOUTO, D., TRAGSA. *Medios propios de la Administración y huida del Derecho administrativo*, 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, Madrid, 2001.
- ARENA, G., «Transparencia administrativa y democracia», *RVAP*, 1994, pp. 9 y ss.
- ARIÑO ORTIZ, G., «Corporaciones profesionales y Administración Pública», *RAP*, 1973, pp. 27-72.
- *¿Privatizar al Estado? Un retroceso en el camino de la historia o la antítesis del Estado de Derecho*, Madrid, 1994.
- *Empresa pública, empresa privada, empresa de interés general: lecciones retrospectivas, de las que algo se puede aprender*, Cizur Menor, 2007.
- ARROYO YANES, L. M., *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*, Valencia, 1994.
- AYALA MUÑOZ, J. M.<sup>a</sup>, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., GUTIÉRREZ DELGADO, J. M., MONEDERO MONTERO DE ESPINOSA, J. I., RIPOLL MARTÍNEZ DE BEDOYA, M.<sup>a</sup> 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, Cizur Menor, 2008.
- BACIGALUPO SAGGESE, M., «Discrecionalidad, conceptos jurídicos indeterminados y motivación de las decisiones administrativas», en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, 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*, 2000, pp. 407-420.
- «La Administración institucional del Estado tras la LOFAGE», en AA.VV., *La Administración Pública: reforma y contrarreforma*, Coords. Parada Vázquez, R., y Jiménez Blanco, A., Madrid, 1999.
- La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Madrid, 1997.
- BAENA DE ALCÁZAR, M., «Comentario al artículo 103 de la Constitución», en AA.VV., *Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*, Madrid, 1985.
- *Los colegios profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Madrid, 1968.
- BALAGUER CALLEJÓN, F., CÁMARA VILLAR, G., Y MEDINA REY, L. F., «Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y Ordenamientos Jurídicos», *REDC*, 2003, pp. 181-213.
- *Fuentes del Derecho*, 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*, 2007, pp. 69-109.
- En AA.VV., *Justicia y Derecho Tributario*. Libro Homenaje al Profesor Julio Banacloche Pérez, Madrid, 2008.

- BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup>, «La igualdad como derecho público subjetivo», *RAP*, 1987, pp. 179-198.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J., «Acerca de la selección del profesorado universitario a la luz del artículo 23.2 CE», *RATC*, 1998, pp. 67-94.
- «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en AA.VV., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla, 2006.
- BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Trabajadores temporales al servicio de la Administración Local: conversión en funcionarios», *AL*, 2000, pp. 39-49.
- BASOREDO LEDO, C., «Modelo cooperativo de participación en Tribunales de selección de empleados para la Administración Pública», *RVAP*, 1994, pp. 255-272.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J., *La desadministración pública*, Madrid, 2001.
- BELADÍEZ ROJO, M., «El derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas», en AA.VV., *Comentarios a la Constitución Española*, Dirs. Casas Baamonde, M.<sup>a</sup> E., y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Madrid, 2009.
- BENAVENTE TORRES, M.<sup>a</sup> 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*, 2011, pp. 1 y ss.
- 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>.
- BERMEJO CABRERO, F., «Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública», *REDA*, 1989, pp. 229-242.
- 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*, 1997, pp. 439-494.
- 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*, Madrid, 2010.
- BLASCO PELLICER, A., «La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado», *AL*, 2011, pp. 2 y ss.
- BOBBIO, N., «La democracia y el poder invisible», en *El futuro de la democracia*, Barcelona, 1985.
- BODAS MARTÍN, R., «Incidencia de la Ley 35/2010, de 18 de septiembre, en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas», Madrid, 2010.
- BOLTAINA BOSCH, X., «Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública», *AS*, 2002, pp. 529-552.
- *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas*, Barcelona, 2005.

- «Clases de personal (arts. 8 a 12)», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. Del Rey Guanter, S., Madrid, 2008.
- *Los puestos de trabajo del personal laboral de las Administraciones Públicas*, 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*, 2004, pp. 57-90.
- «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: algunas reflexiones tras el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista CEMCI*, 2012, pp. 1-28.
- «Trabajo. Fin del debate jurídico: el procedimiento correcto de extinción de los contratos de los trabajadores indefinidos no fijos por amortización de puesto», *La administración práctica: enciclopedia de administración municipal*, 2014, pp. 33-46.
- BORRAJO DACRUZ, E., «Los nuevos contratos laborales o la magia social de las leyes pactadas», *AL*, 1997, pp. 625-656.
- «Contratación laboral temporal y Administraciones Públicas: evolución jurisprudencial», *AL*, 1998, pp. 373 y ss.
- BUEYO DíEZ JALÓN, M.<sup>a</sup>, «El tratamiento de datos de carácter personal por las Administraciones Públicas versus el derecho fundamental a la privacidad: los ficheros públicos», *RGDA*, 2010, pp. 1 y ss.
- CÁMARA VILLAR, G., en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, Coord. Balaguer Callejón, F., Madrid, 2009.
- CAMARERO GIL, A., «El país», 21 de enero de 1982.
- CAMPS RUIZ, L. M., *La contratación laboral temporal*, Valencia, 1990.
- 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*, Dirs. Palomar Olmeda, A., y Sempere Navarro, A. V., 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., Madrid, 2007.
- «La incidencia del fenómeno de la externalización en la Administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *DA*, 2010, pp. 297-334.
- 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*, 2007, pp. 29-41.
- CARDENAL CARRO, M., «El EBEP: Reformas en las relaciones de servicios en las Administraciones Públicas», en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. Cardenal Carro, M., Madrid, 2010.
- 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, 2006.

- 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*, Dirs. García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J. R., Valladolid, 2010.
- CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, C., «El papel del funcionario y del laboral en el nuevo diseño de la administración pública», *RAD*, 2011, pp. 55-74.
- CASTELLS ARTECHE, J. M., «El derecho de acceso a la documentación de la Administración Pública», *RVAP*, 1984, pp. 135-156.
- CASTILLO BLANCO, F. A., «El empleo público local: situación actual y perspectivas», *RARAP*, 2001, pp. 97-128.
- «Las problemáticas fronteras entre el Derecho Laboral y el Derecho Administrativo: a propósito de los contratos temporales en el sector público», *REDA*, 1995, pp. 187-218.
- «Los sistemas de selección en el empleo público español: reflexiones y propuestas», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Madrid, 2003.
- *Acceso a la función pública local (políticas de selección y control jurisdiccional)*, Granada, 1993.
- *Estudio de los Recursos Humanos del Sector Público Local en Andalucía*, Sevilla, 2003.
- *Informe sobre el empleo público 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*, Sevilla, 2003.
- CASTRO ARGÜELLES, M.<sup>a</sup> 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*, 2000, pp. 605-616.
- 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*, 1995, pp. 113-132.
- 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*, Granada, 2008.
- «Contratación temporal sucesiva: problemas interpretativos», *AS*, 2008, pp. 11-35.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A., «¿Cómo facilitar el ejercicio de los derechos de los ciudadanos en la Administración electrónica?», *RIDP*, 2011.
- «E-información: hacia una nueva regulación del acceso a la información», *RIDP*, 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*, Valencia, 2010.

- 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*, Coords. Moreno Gené, J., y Solé Puig, A., Barcelona, 2010.
- «La contratación a través de las empresas de trabajo temporal por parte de la Administración Pública», *RDS*, 1999, pp. 55-78.
- *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>.
- CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Madrid, 2004.
- CLAVERO ARÉVALO, M. F., «Personalidad jurídica, derecho general y derecho singular en las Administraciones Autónomas», *DA*, 1962, pp. 13-36.
- CLEMENTE MERODIO, T., «La vigente legislación de funcionarios y la necesidad de su reforma», *DA*, 1958, pp. 39-44.
- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., «Nota especial a la STSJ Navarra de 12 junio 1997», *AL*, 1997, pp. 1 y ss.
- CORDERO SAAVEDRA, L., *Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas*, Murcia, 2003.
- COSTA CASTELLÁ, E., «Patologías de la funcionarización del personal laboral en la administración local», *Boletín de personal*, Gestión Local Aranzadi, pp. 4-14.
- 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*, Coords. Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J., Pamplona, 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., Granada, 2007.
- «El nuevo derecho fundamental europeo al acceso a los documentos, transparencia e información pública», en AA.VV., *Libro homenaje a Íñigo Cavero Lataillade*, Coord. Peña Conzález, J., Valencia, 2005.
- «Teoría y realidad de la transparencia pública en Europa», *Trabajo de investigación*, 2.º 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*, 1998, pp. 9-37.
- 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, 2007, pp. 1549-1558.
- «Desviación de poder en el campo de la función pública», AA, 2008, pp. 1 y ss.
- CUESTA GIMENO, L., «El mérito y la capacidad como determinantes del acceso a la función pública y la carrera administrativa», *El funcionario municipal*, 1993, pp. 1 y ss.
- CUETO PÉREZ, M., «La sociedad estatal de Correos y Telégrafos y el ejercicio de autoridad», REDA, 2006, pp. 747-760.
- 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., Madrid, 2011.
- «El Estatuto básico del Empleado Público, Primer apunte al mismo», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2007, pp. 2414-2416.
- DE DIEGO DÍEZ, L. A., *Garantías en la práctica de las notificaciones administrativas*, Barcelona, 2008.
- DE LA CRUZ FERRER, J., «La Administración Institucional y corporativa», en AA.VV., *Derecho Administrativo, II, Parte Especial*, 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*, 1999, pp. 1 y ss.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., «Introducción», en AA.VV., *Transparencia y Buen Gobierno*, Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, Madrid, 2014.
- 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](http://www.upc.edu/csi/PDI/ANECA/analisis_critico.pdf).
- 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*, 2007, pp. 1 y ss.
- DE MIGUEL PAJUELO, F., en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, Dirs. Parejo Alfonso, L., y Palomar Olmeda, A., Barcelona, 2009.
- DE SANDE PÉREZ BEDMAR, M.<sup>a</sup> L., *Empleo y prestación de servicios en la administración pública*, Valladolid, 2006.
- «El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo», *RL*, 2007, pp. 1077-1097.
- DE VEGA GARCÍA, P., *Prólogo a la Constitución Española*, Madrid, 1996.
- DE VICENTE DOMINGO, R., *El puesto de trabajo en el derecho de la función pública*, Valencia, 1997.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe sobre Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*, Madrid, 2003.

■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

- DEL REY GUANTER, S., y GALA DURÁN, C., «Administraciones Públicas y Empresas de Trabajo Temporal», *RL*, 2001, pp. 241-272.
- DEL RIEGO FERNÁNDEZ, J. A., «Contrato de trabajo y relaciones de trabajo en las Administraciones Públicas», en AA.VV., *Aspectos de la contratación laboral*, 1992, pp. 35-63.
- DEL SAZ CORDERO, S., «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones, aplausos y críticas», *RAP*, 1994, pp. 57-98.
- «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, Coords. Pallarés Moreno, M., y Sánchez Rodríguez, A., Sevilla, 1999.
- *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995.
- «Las oposiciones a cátedras», *RAP*, 1997, pp. 75-96.
- 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*, 2008, pp. 1 y ss.
- DESDENTADO BONETE, A., y DE LA PUEBLA PINILLA, A., *Despido y jurisprudencia: la extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina*, Valladolid, 2002.
- DESDENTADO DAROCA, E., *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Valencia, 1999.
- DÍAZ RODRÍGUEZ, 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, 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, Madrid, 2001.
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L. M.<sup>a</sup>, *Sistema de Derechos fundamentales*, Madrid, 2008.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Razones de Estado y Derecho (del control judicial de los secretos oficiales)*, 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., Madrid, 2011.
- DROMI, R., *Modernización del Control Público*, Madrid, 2005.
- EMBED IRUJO, A., «Trece proposiciones sobre selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo en el Derecho Español», *RAAP*, 1993, pp. 313-338.
- ENDEMAÑO AROSTEGUI, J. M., «La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas», *REALA*, 2000, pp. 347-379.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. J., y MERCADER UGUINA, J. R., «Las agencias de colocación y los servicios integrados para el empleo. La aplicación de los nuevos me-

- dios técnicos a la gestión de la Seguridad Social. La selección de personal laboral en las Administraciones Públicas», *RL*, 1995, pp. 1199-1239.
- 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*, Madrid, 1986.
- ESPÍN TEMPLADO, E., «Lección 8.<sup>a</sup>, 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, Valencia, 2007.
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, 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, Coords. Gayarre Conde, I., y Burzaco Samper, M., Madrid, 2009.
- «Capítulo IV», en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, 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*, Oñate, 1997.
- «El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado», *DA*, 1995, 61-123.
- «Planificación de recursos humanos», en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. Ortega Álvarez, 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), Oñati, 1997.
- FERNÁNDEZ DELPUECH, L., «El personal eventual en tiempos de crisis», *AJA*, 2013, p. 5.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J. J., y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *El acceso al empleo público*, Madrid, 2005.
- *Hacia un nuevo régimen jurídico del personal al servicio de las administraciones públicas*, Sevilla, 2006.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. J., «Administraciones Instrumentales», en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, 2004.
- «Corporaciones de Derecho Público», en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Madrid, 2004.
- «El principio de igualdad en el acceso a la función pública y en la provisión de puestos de trabajo», *CDJ*, 1993, pp. 45-80.
- «Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional», *RCEC*, 1992, pp. 61-121.

- 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 RAMOS, S.: «Comentario de urgencia al anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno», *AA*, 2012, pp. 1457-1485.
- «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., Madrid, 2007.
- *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Madrid, 1997.
- «El acceso a la información en el Proyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, Zaragoza, 2013.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Autonomía universitaria: ámbito y límites*, Madrid, 1982.
- FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., *La protección de los datos personales en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2003.
- 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*, 2005, pp. 307-342.
- «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., Madrid, 2008.
- «La publicidad de la información administrativa en Internet: implicaciones para el derecho a la protección de los datos personales», *RARAP*, 2005, pp. 77-126.
- FERNÁNDEZ-RUIZ GÁLVEZ, M.<sup>a</sup> E., *Igualdad y derechos humanos*, 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, Sevilla, 1999.
- «Composición de los órganos de selección de los funcionarios locales: principios generales y normativa aplicable», *RGAP*, 1998, pp. 95-141.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., «La Disposición Transitoria Cuarta del EBEP o el último ataque a los principios constitucionales reguladores del acceso al empleo público», *JA*, 2008, pp. 51-68.
- «Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y Relaciones de Puestos de Trabajo: jurisprudencia reciente», *RVAP*, 1990, pp. 61-84.

- *Constitución y empleo público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*, Granada, 2000.
  - *La selección y pérdida de la condición de empleado público, especial referencia a su aplicación en la Administración Local*, Barcelona, 2008.
- FOSSAS ESPADALER, E., *El derecho de acceso a los cargos públicos*, Madrid, 1993.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A., «Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas: perspectivas de una reforma», *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2000, pp. 173-202.
- «De la Función Pública en tiempos de crisis a la crisis de la Función Pública», en AA.VV., *Crisis económica y función pública*, Dirs. Fuentetaja Pastor, J. A., y Cantero Martínez, J., Pamplona, 2012.
  - «Incidencia de la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración local, en la Función Pública Local», en AA.VV., *La Función Pública Local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*, Dir. Fuentetaja Pastor, J., Cizur Menor, 2014.
  - *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública, entre la politización y la patrimonialización*, Madrid, 2013.
- GALLARDO CASTILLO, M.<sup>a</sup> J., *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*. Comentario sistemático a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Madrid, 2010.
- GALLEGO ANABITARTE, A., en el prólogo a MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, 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., Granada, 1998.
- GÁRATE CASTRO, «La modificación del régimen jurídico de la contratación laboral por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo», *AL*, 2011, p. 1.
- 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*, 1993, pp. 205-219.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1999 y 2006.
- 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., Madrid, 1994.
- 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*, Madrid, 2010.

- GARCÍA PAREDES, M.<sup>a</sup> L., «Administraciones Públicas. Trabajadores indefinidos no fijos. Equiparación a interinos por vacante en su salida del vínculo laboral: comentario a la STS, 4.<sup>a</sup>, de 22 de julio de 2013», *AL*, 2014, pp. 5 y ss.
- 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 Tremps, P., Valencia, 2007.
- *Cargos públicos representativos, un estudio sobre el artículo 23.2 de la Constitución*, 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, Sevilla, 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*, 2011, pp. 203-227.
- «Prohibiciones en la celebración del contrato de puesta a disposición: su revisión tras el RDL 10/2010», en AA.VV., *El empresario Laboral*, Valencia, 2010.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, III, Vol. I, Madrid, 1970.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA., E., «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *RAP*, 1990, pp. 247-258.
- «¿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», *REDT*, 1995, pp. 627-632.
- 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., Madrid, 1994.
- *Administración indirecta del Estado y descentralización*, Madrid, 1980.
- *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.
- *Reformas de la Función Pública*, Madrid, 1985.
- GARRIDO GÓMEZ, M.<sup>a</sup> I., *Igualdad en el contenido y en la aplicación de la Ley*, Madrid, 2009.
- GASCÓN VERA, L., «Constitucionalidad del artículo 96.2 EBEP en relación con el personal temporal o indefinido al servicio de la Administración Pública», *AS*, 2012, pp. 83-93.
- GAVARA DE CARA, J. C., *Contenido y función del término de comparación en la aplicación del principio de igualdad*, Navarra, 2005.
- GIL CEBRIÁN, C., «Cuerpos y puestos de trabajo», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, 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*, Madrid, 2010.
- «La selección del personal laboral de las Administraciones locales», *REL*, 2008, pp. 10-38.
- GIMENO FELIÚ, J. M.<sup>a</sup>, «Una valoración crítica sobre el procedimiento y contenido de las últimas reformas legales en contratación pública», *RAP*, 1997, pp. 129-170.
- GODINO REYES, M., «La problemática de la contratación laboral en la Administración Local», *REDT*, 1997, pp. 41-74.
- *El contrato de trabajo en la Administración Pública*, Madrid, 1996.
- GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup>, *Contratación laboral y tipos de contrato: criterios jurisprudenciales*, Valladolid, 2010.
- GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Boquera Oliver, Coords. Baño León, J. M. y Climent Barberá, J., Valencia, 2002.
- GOERLICH PESET, J. M.<sup>a</sup> y VEGA LÓPEZ, J., «¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla», *RL*, 1998, pp. 14 y ss.
- GÓMEZ AGUSTÍN, M., *El renacimiento del INI. Situación y perspectivas del sector público autonómico y local*, Madrid, 2004.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Dignidad y ordenamiento comunitario», *RDCE*, 2005, pp. 219-254.
- *El Tribunal de cuentas: el control económico-financiero externo en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, 2001.
- «El control económico-financiero externo del estado: El tribunal de Cuentas», *RDP*, 1996, pp. 381-417.
- «Algunas reflexiones sobre la naturaleza constitucional del Tribunal de Cuentas», en AA.VV., *Estudios de Derecho Público*. Homenaje a Juan José Ruiz-Rico, 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.
- *Derechos y libertades*, Madrid, 2003.
- *Introducción al régimen constitucional*, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ BIEDMA, E., y CALVO GALLEGO, J., «Notas sobre las relaciones de trabajo en las Empresas Públicas», en *La Administración Instrumental*, libro homenaje a Clavero Arévalo, Madrid, 1994.
- «Las relaciones de trabajo en las empresas públicas», *RL*, 1992, pp. 302-337.
- 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*, 2007, pp. 131-176.

- GONZÁLEZ BOTIJA, F., y LÁZARO ALBA, E., «A Vueltas con la discrecionalidad técnica en Oposiciones y Concursos: Jurisprudencia Reciente y reflexiones críticas», *REDA*, 2005, pp. 519-554.
- GONZÁLEZ GALLARDO, L., «El Estatuto de la Función Pública. Gestación y necesidad actual», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública a debate*, Madrid, 2003.
- 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, Cizur Menor, ediciones de 2007 y 2012).
- GONZÁLEZ VARAS-IBÁÑEZ, S., «Levantamiento del velo y Derecho Administrativo privado en el ámbito de la Administración Local», *REALA*, 1997, pp. 361-400.
- 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, Madrid, 2009.
- GORRITI BONTIGUI, M., y López Basterra, J., *Identificación de criterios de desempeño a partir del análisis de puestos*, 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*, 2007, pp. 39-55.
- GRAU MORANCHO, R., *Laboralización Administraciones Públicas*, Madrid, 1998.
- GRIS GONZÁLEZ, J. C., «La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: la doctrina del Tribunal Supremo», *RAD*, 2014, pp. 121-134.
- GUAITA, A., «Régimen de los derechos constitucionales», *RDP*, 1982, pp. 76-90.
- GUERRERO PICÓ, M.<sup>a</sup> C., *El Impacto de Internet en el Derecho Fundamental a la Protección de Datos de carácter Personal*, Madrid, 2006.
- GUICHOT REINA, E., «Capítulo IV. Límites a la transparencia y el acceso a la información», y «Capítulo V. Publicidad activa», en AA.VV., *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Coord. Guichot, E., Madrid, 2014.
- «Derecho a la privacidad, transparencia y eficacia administrativa: un difícil y necesario equilibrio», *RCDP*, 2007, pp. 43-74.
- «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*, Coords. Cotino Hueso, L., y Valero Torrijos, J., Valencia, 2010.
- *Publicidad y privacidad de la Información Administrativa*, Cizur Menor, 2009.
- «Transparencia versus protección de datos», [www.aepda.es/AEPDA Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx](http://www.aepda.es/AEPDA Adjunto-101-PonenciaEmilio-GuichotTransparencia.aspx).

- *Transparencia y acceso a la información en Derecho europeo y comparado*, Sevilla, 2010.
- *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Madrid, 2011.
- GUTIÉRREZ GIL, A. J., en AA.VV., *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Coord. González Rivas, J. J., Madrid, 2010.
- GUTIÉRREZ REÑÓN, A., «El sistema de selección de funcionarios públicos», *DA*, 1966, pp. 29-53.
- «La carrera administrativa en España: evolución y perspectivas», *DA*, 1987, pp. 29-70.
- «La función del cuerpo en el sistema de carrera», *RVAP*, 1990, pp. 83-90.
- 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.<sup>a</sup> de 3 de marzo de 1999)», *RL*, 1999, pp. 797-802.
- IGARTÚA SALAVERRÍA, J., Discrecionalidad y motivación (algunos aspectos teórico-generales)», en AA.VV., *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, Sevilla, 2003.
- *Discrecionalidad, técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, 1998.
- IGLESIAS FRÍAS, E., «Transparencia versus privacidad. Publicaciones nominativas en el *Boletín Oficial del Estado*», *AA*, 2005, pp. 1540-1564.
- ILDEFONSO HUERTAS, R. M., «Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica», *JA*, 2001, pp. 25-52.
- *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*, Sevilla, 2004.
- INAP, *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, 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., 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*, 2012, pp. 1-29.
- «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., Madrid, 2008.
- *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, Madrid, 1999.

- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J., *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987.
- JUNQUERA GONZÁLEZ, J., «El sistema de oposición», *RDA*, 1970, pp. 24 y ss.
- LAGUNA DE PAZ, J. C., «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP*, 1995, pp. 201-232.
- 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*, 2002, pp. 679-686.
- «La necesaria revisión de la jurisprudencia del indefinido no fijo en el sector público a la luz de la jurisprudencia comunitaria», *RL*, 2007, pp. 587-593.
- LALINDE ABADÍA, J., *Los medios personales de gestión del poder público en la Historia española*, Madrid, 1970.
- LANDA ZAPIRAIN, J. P., *La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal*, Madrid, 1999.
- LARIOS RISCO, D., «Artículo 12. Personal Eventual», en *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dirs. Palomar Olmeda, A., y Sempere Navarro, A. V., Pamplona, 2009.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., «Notas sobre el Derecho Administrativo de la información», en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, 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*, Dirs. Del Rey Guanter, S., y Coord., Férez Fernández, M., *La Ley*, Madrid, 2008.
- LEGUINA VILLA, J., «Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, 1995, pp. 9-14.
- 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*, 1997, pp. 1-6.
- 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*, 1990, pp. 81-112.
- LINS DE LESSA CARVALHO, F., *Acceso igualitario a la función pública. Consideraciones sobre el Modelo Español de Selección de los Funcionarios*, 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*, Madrid, 1992.
- LONGO, F., *Mérito y flexibilidad: la gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, 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*, Dirs. Molero Marañón, M.<sup>a</sup> L., y Valdés Dal-Ré, F., 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*, 1986, pp. 153-158.
- LÓPEZ GANDÍA, J., y TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El personal interino de las Administraciones Públicas*, 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*, Madrid, 2010.
- LÓPEZ GÓMEZ, J. M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995.
- *La relación laboral especial de empleo público. Estudio de su régimen jurídico tras el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2009.
- LÓPEZ GUERRA, L., ESPÍN TEMPLADO, E., GARCÍA MORILLO, J., PÉREZ TREMP, P., y SATRÚSTEGUI, M., *Derecho Constitucional*. Volumen I, 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., 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*, Madrid, 2004.
- LÓPEZ RODÓ, L., «El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *RAP*, 1983, pp. 331-345.
- LORENZO DE MEMBIELA, J. B., *El acceso y provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública*, Pamplona, 2009.
- MAGIDE HERRERO, M., *Límites constitucionales de las Administraciones independientes*, Madrid, 2000.
- MAIRAL JIMÉNEZ, M., *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Granada, 1990.
- MALARET GARCÍA, E., «Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento», *RCDP*, 2007, pp. 161-206.
- MALEM SEÑA, J., *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, Barcelona, 2002.
- MARÍN ALONSO, I., «El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público», *RL*, 2009, pp. 417-442.
- «Las nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010», *RL*, 2011, pp. 703-726.
- MARTÍN MORENO, J. L., *El control de las oposiciones y concursos en el Estado constitucional*, Granada, 2007.

■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

- *El Derecho fundamental de acceso a la Función Pública*, Granada, 2006.
- *Quiebras y desviaciones del sistema de mérito en la función pública. ¿Qué hacemos con los cacicatos del siglo XXI?*, Granada, 2006.
- 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., Zaragoza, 1990.
- *Leyes administrativas*, 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, Barcelona, 2008.
- MARTÍN VIDA, M.<sup>a</sup> A., *Evolución histórica del principio de igualdad y paradojas de exclusión*, Granada, 2004.
- MARTÍNEZ BLANCO, A., «El personal contratado en régimen administrativo de las Comunidades Autónomas», *DA*, 1982, pp. 5-88.
- MARTÍNEZ DE VIERGOL, A., «La delimitación subjetiva de la figura empresarial (ex art. 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, 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, Madrid, 2001.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R., *Administración Electrónica*, Navarra, 2009.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «El régimen necesariamente jurídico-público de los bienes, contratos, personal y entes instrumentales de los poderes públicos», *RGDA*, 2011, pp. 1-47.
- «¿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*, 1997, pp. 45-74.
- MARTÍNEZ MARTÍ, G., «El régimen jurídico de contratación aplicable a las sociedades públicas y la huida del Derecho Administrativo», *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, 2001, pp. 71-80.
- 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, Madrid, 2007.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Méritos o botín y otros retos jurídicos de la democracia*, Navarra, 2000.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., y OTTO Y PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «Las empresas públicas; reflexiones del momento presente», *RAP*, 1991, pp. 63-132.
- «Reflexiones sobre la “huida” del Derecho administrativo», *RAAP*, 1996, pp. 25-68.
- *Derecho Administrativo Económico*, 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., Madrid, 1994.
- MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., «A vueltas con el encadenamiento de contratos temporales», *AS*, pp. 2039-2086.
- «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, Coords. Gayarre Conde, I., y Burzaco Samper, M., Madrid, 2009.
- MAURI MAJÓS, J., «Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas», *QDL*, 2009, pp. 7-23.
- «El acceso al empleo público», en AA.VV., *Manual de Empleo Público*, Dir. Castillo Blanco, F. A., Coord. Quesada Lumbreras, J. E., 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*, Aragón, 2011.
- «Medidas de ajuste para hacer frente a la crisis en el empleo público local: una perspectiva desde la función pública», *QDL*, 2011, pp. 55-86.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «Contratación temporal laboral y contratación administrativa: un debate inacabado», *AS*, 2000, pp. 825-846.
- «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, Madrid, 2001.
- *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones Intelectuales, asistencias y consultorías*, Navarra, 2009.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J. A., *La cesión o comunicación de datos de carácter personal*, Madrid, 2003.
- MILANS DEL BOSCH Y JORDÁN DE URRÍES, S., «Aspectos controvertidos del derecho de acceso a la función pública: la discrecionalidad técnica y la aplicación de los coeficientes correctores en los procesos selectivos con varios tribunales evaluadores», en AA.VV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo: Anuario 2014*, Coord. Recuerda Girela, M. A., Madrid, 2014.
- MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Estudio DELPHI. La modernización de los procedimientos de actuación en la Administración Pública*, Madrid, 1990.
- *La modernización de la Administración del Estado*, Madrid, 1991.

- MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas*, Valencia, 1999.
- MOLINA GARCÍA, M., *El contrato de trabajo en el sector público*, Granada, 2000.
- MOLINA NAVARRETE, C., «Aspectos laborales del Estatuto Básico del Empleado Público: de la convergencia a la unificación parcial de estatutos», *Trabajo y Seguridad Social*, 2007, pp. 115-206.
- «Reforma 2010 del mercado de trabajo: una nueva “milonga” del “capitalismo de casino”», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 2010, pp. 5-62.
- «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., 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., Madrid, 2000.
- «Las relaciones laborales en la función pública. Régimen jurídico. Aspectos puntuales», *Tribunal Social*, 2001, pp. 15-33.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> 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)*, 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., 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*, Granada, 2008.
- MONROY ANTÓN, A., «La endogamia en la Universidad: tratamiento jurídico y vías de solución», *AA*, 2008, pp. 488-495.
- MONTORO CHINER, M.<sup>a</sup> J., «El marco jurídico constitucional sobre el acceso a los empleos públicos», en AA.VV., *Situación actual y tendencias de la función pública española*, Granada, 1998.
- MONTOYA MARTÍN, E., *Las empresas públicas sometidas al Derecho privado*, 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, Tarragona, 2012.
- *Las garantías de la instrumentalidad de las empresas públicas sometidas al derecho privado*, tesis doctoral, 1995.

- MONTOYA MEDINA, D., «La reforma de la contratación temporal en la ley 35/2010», *AS*, 2011, pp. 157-174.
- MONTOYA MELGAR, A., «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., Madrid, 2007.
- 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*, 2001, pp. 23-58.
- «La autonomía local», *RGDA*, 2006, pp. 1-42.
- «La formación de la estructura funcionarial española bajo el sistema de mérito», en *La Justicia Administrativa*, libro homenaje a Rafael Entrena Cuesta, Barcelona, 2003.
- *Curso de Derecho Administrativo*, tomo 1, Pamplona, 1996.
- *El sistema de la confianza política en la Administración Pública*, Madrid, 1994.
- MORENO GENÉ, J., «La duración del contrato para obra o servicio determinado tras la reforma laboral del 2010», Comunicación presentada a la ponencia de la Dra. María del Mar Mirón Hernández, «El endurecimiento de la contratación temporal», en *Jornadas sobre Las Reformas Laborales del 2010*, Lleida, 10 y 11 de marzo de 2011.
- 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*, Coords. Gayarre Conde, I., y Burzaco Samper, M., Madrid, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., *El nuevo régimen de la contratación administrativa*, Madrid, 2000.
- MORENO VIDA, M.<sup>a</sup> 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*, Dirs., y Coords. Monereo Pérez, J. L., Fernández Avilés, J. A., y Triguero Martínez, L. A., Granada, 2011.
- MOREU CARBONELL, E., *El examen en el nuevo sistema educativo español. Régimen jurídico de los exámenes académicos*, Granada, 2003.
- 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., Madrid, 1994.
- MORÓN PRIETO, R.: «La extinción del contrato indefinido no fijo de plantilla, supuestos, procedimientos y efectos», *RDS*, 2001, pp. 195-208.

- MUÑOZ ARNAU, J. A., *Los límites de los Derechos Fundamentales en el Derecho Constitucional Español*, Pamplona, 1998.
- MUT GONZÁLEZ, F., *La aplicación del derecho del trabajo en las empresas públicas*, Valencia, 1997.
- NAVAJAS REBOLLAR, M., *La nueva Administración Instrumental*, Madrid, 2000.
- NICOLÁS BERNARD, J. A., *La duración del contrato de trabajo en el empleo público*, 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*, Coords. Gayarre Conde, I., y Burzaco Samper, M., 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*, 1984, pp. 7-43.
- «De la República a la Democracia: la Administración española del franquismo», *REDA*, 1976, pp. 567-583.
- *La organización del desgobierno*, Barcelona, 1984.
- «La noche oscura de la función pública», *Cuadernos Económicos de ICE*, 1980, pp. 7-18.
- *El desgobierno de lo público*, Barcelona, 2007.
- *Estudios históricos de Administración y Derecho administrativo*, Madrid, 1986.
- *La nueva organización del desgobierno*, Barcelona, 1996.
- NIEVES NIETO, N., «El acceso al empleo público laboral», *RMTI*, 2011, pp. 47-76.
- OJEDA AVILÉS, A., *Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas*, 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.
- OLIVERA MASSÓ, P., «La revisión jurisdiccional de los concursos y oposiciones para el personal laboral al servicio de la Administración Pública», *RL*, 1991, pp. 293-307.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Empleados públicos, Administraciones Españolas y Jurisprudencia Europea», *AA*, 2012, p. 2.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L., «Introducción», en PUERTA SEGUIDO, F., *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003.
- 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*, Madrid, 2004.
- OTTO, I., «Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas», en *Estudios sobre derecho estatal y autonómico*, Madrid, 1986.
- PADROS I REIG, C., y Coello Martín, C., «La extensión del concepto de «Empleo Público» a las empresas mercantiles. Algunos desarrollos recientes», *AS*, 2013, pp. 63-92.

- 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, Coords. Pallarés Moreno, M., y Sánchez Rodríguez, A., Sevilla, 1999.
- PALOMAR OLMEDA, A., «Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad del a Administración», *RICA*, 1990, pp. 121-178.
- «De nuevo sobre el mérito y la capacidad en el acceso al empleo público», *AJA*, 2004, pp. 11-12.
- «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*, 2005, pp. 2600-2605.
- «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*, 2012.
- *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007.
- *Derecho de la Función Pública, régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Madrid, 1999, 2000, 2003 y 2011.
- *Empleo Público Local*, Barcelona, 2005.
- *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Granada, 1998.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «Validez del contrato», en AA.VV., *Comentarios a las Leyes laborales*, Dir. Borrajo Dacruz, E., 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*, Dirs. García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J., 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., 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., Sevilla, 1999.
- «Empleo público y globalización», *DA*, 1995, pp. 23-66.
- «La degeneración del modelo de función pública», *RAP*, 1999, pp. 413-452.
- *Derecho del Empleo Público. Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007.
- *Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993 y 1999.
- *Derecho Administrativo, II, Organización y Empleo Público*, Madrid, 1994.
- PAREJO ALFONSO, L., «Dominio público portuario y ordenación territorial: competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas», *RDU*, 1993, pp. 13-34.
- «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública», *DA*, 1989, pp. 15-66.

■ UNA RECONSTRUCCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE MÉRITO Y CAPACIDAD...

- «Límites del desarrollo del Estatuto por las Comunidades Autónomas», en AA.VV., *El Estatuto de la función pública a debate*, Madrid, 2003.
- Crisis y renovación del Derecho Público, Madrid, 1991.
- PASCUAL GARCÍA, J., «La huida del Derecho Administrativo, del Presupuesto y de los controles financieros por los nuevos entes del sector público», *PGP*, 2010, pp. 109-128.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, 1999.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., «La reforma laboral: un nuevo marco para las empresas de trabajo temporal», *AL*, 2010, pp. 1 y ss.
- PÉREZ DÍAZ, V., «Carácter y evolución de la Universidad española», *Claves de Razón Práctica*, 2003, pp. 22-29.
- PÉREZ GÁLVEZ, J. F., *Las agencias estatales para la mejora de los servicios público*, 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*, Dirs. Palomar Olmeda, A., y Sempere Navarro, A. V., Pamplona, 2008.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, 2008.
- Los Derechos Fundamentales, 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*, Granada, 1998.
- *La laboralización y funcionarización del personal de la Administración Local*, Granada, 1999.
- *La provisión y pérdida de los puestos de trabajo en las Corporaciones Locales*, Madrid, 2005.
- La selección del personal permanente de las Corporaciones Locales, Madrid, 2001.
- PÉREZ MARTÍNEZ, V., «El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la Función Pública», *REALA*, 1987, pp. 255-288.
- 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., Madrid, 1994.
- PÉREZ REY, J., *La transformación de la contratación temporal en indefinida. El uso irregular de la temporalidad en el trabajo*, Valladolid, 2004.
- PÉREZ TREMPES, P., «Recurso de amparo», en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. Aragón Reyes, M., Madrid, 2001.
- El recurso de Amparo, Valencia, 2004.
- PICÓ LORENZO, C., «La discriminación positiva en la función pública», en AA.VV., *La discriminación positiva*, Madrid, 2006.
- PINA, V., TORRES, L., y ACERETE, J. B., *La iniciativa privada en el sector público: externalización de servicios y financiación de infraestructuras*, Madrid, 2003.

- PINAZO HERNANDIS, J., *Empleo público para una nueva Administración Pública*, Valencia, 2007.
- «Reflexión sobre la tipificación normativa del contratado laboral de tiempo indefinido en el Estatuto Básico del Empleado Público», *AJA*, 2008, p. 1.
- 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, Madrid, 2010.
- «La protección de datos», en AA.VV., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, volumen 7, Coord. Cano Campos, T., Madrid, 2009.
- «Transparencia y protección de datos: las claves de un equilibrio necesario», en AA.VV., *Derecho Administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, 2010.
- POMED SÁNCHEZ, L. A., «El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa», *RAP*, 1997, pp. 439-480.
- *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989.
- PRADO LORENZO, J. M., MARTÍN JIMÉNEZ, D., y GARCÍA SÁNCHEZ, I. M.<sup>a</sup>, «El proceso de corporatización en España: evolución y factores explicativos», Auditoría Pública. *Revista de los Órganos Autonómicos de Control Externo*, 2009, pp. 63 a 70.
- PRADOS DE REYES, F., «Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público (I) y (II)», *AL*, 1991, pp. 187-203.
- PRATS Y CATALÁ, J., «Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público», *DA*, 1995, pp. 11-59.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, 2005.
- «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución española», *Anuario de Derechos Humanos*, 1983, pp. 367 y ss.
- 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., 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*, Madrid, 2001.
- *La consolidación del empleo público precario*, Valladolid, 2003.
- PUERTAS POMAR, E., y EMBID IBÁÑEZ, O., «Las novedades en la selección de personal como palanca de cambio para las Administraciones Públicas», *RARAP*, 2011, pp. 171-196.
- PULIDO QUECEDO, M., *El acceso a los Cargos y Funciones Públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, 1992.
- «Algunas consideraciones sobre el acceso a cargos y funciones públicas (comentario a la STC 47/1990, de 20 de marzo)», *REDC*, 1990, pp. 161-188.

- QUINTANA LÓPEZ, T., y Rodríguez Escanciano, S., «Efectos de la anulación de los actos separables sobre la contratación laboral de las administraciones públicas», *RJA*, 2001, pp. 9 y ss.
- QUINTANA LÓPEZ, T., en AA.VV., *Derecho Público de Castilla y León*, Dir. Sáez Hidalgo, I., 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, Madrid, 2001.
- QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «La consolidación del empleo público temporal y el principio de igualdad», *AS*, 2008, pp. 35-43.
- 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., 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., Madrid, 2010.
- «La Administración electrónica y el derecho a la protección de datos personales», serie *Claves del Gobierno Local*, 2012, pp. 61-73.
- RAMIÓ MATAS, C., ponencia en el Curso *El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público*, Santander, 2007.
- 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*, 2011, pp. 1 y ss.
- «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, Madrid, 2009.
- «Ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público», *AL*, 2009, p. 2.
- *El personal laboral de las Administraciones Públicas*, 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*, 2011, pp. 183-202.
- RAMS RAMOS, L., *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos*, Zaragoza, 2008.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J. A., «La naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las administraciones públicas: *overruling* de la jurisprudencia», *RAD*, 2014, pp. 113-125.
- REBOLLO PUIG, M., «Los entes instrumentales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *RAAP*, 2003, pp. 359-393.

- RECIO SÁEZ DE GUINOVA, J. M.<sup>a</sup>, y FERNÁNDEZ-CABALLERO LAMANA, L., «Líneas generales del Anteproyecto de la nueva ley de empleo público de Aragón», *RA-RAP*, 2011, pp. 65-95.
- RECUERDA GIRELA, M. A., «Introducción al Derecho Alimentario», en AA.VV., *Tratado de Derecho Alimentario*, Dir. Recuerda Girela, M. A., Cizur Menor, 2011.
- «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., 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*, 2013, pp. 329-346.
- «La invalidez del reglamento: al hilo de dos reglamentos de la Comunidad de Madrid», en AA.VV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo: Anuario 2015*, Coord. Recuerda Girela, M. A., Madrid, 2015.
- «La obligación de pago de la administración pública por prestaciones derivadas de contratos no formalizados», en AA.VV., *Problemas prácticos y actualidad del Derecho administrativo: Anuario 2014*, Coord. Recuerda Girela, M. A., Madrid, 2014.
- «La posible aplicación del principio de protección de la confianza legítima en el ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria deportiva», *Derecho Deportivo*, 2004, pp. 33-42
- RECUERDA GIRELA, M. A., y FERNÁNDEZ DELPUECH, L., «Los contratos administrativos que encubren relaciones laborales o tienen por objeto funciones reservadas al personal funcionario», *RGDA*, 2013, pp. 1 y ss. y *RAAP*, 2012, pp. 49-92.
- REQUEJO PAGÉS, J. L., «Derechos de configuración legal», en AA.VV., *Temas básicos de Derecho Constitucional*, Coord. Aragón Reyes, M., Madrid, 2001.
- 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., Barcelona, 2004.
- «Selección y contratación del personal laboral por las Administraciones Públicas: marco general», *REDT*, 2004, pp. 607-638.
- RIVERO ORTEGA, R., «Acceso a la función pública autonómica y doctrina constitucional (comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)», *RAP*, 2000, pp. 343-358.
- *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, 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*, 2005, pp. 271-286.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J., «El marco constitucional del acceso a la función pública en el Derecho administrativo español», *AA*, 2007, pp. 260-280.
- 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 Esta-*

- tuto 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., «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*, Coords. Rodríguez de Santiago, J. M., y Ortega Berardo, J., Catarata, 2010.
- *La administración del Estado social*, Madrid, 2007.
- 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., Madrid, 2011.
- «Capítulo II. Contratación», en AA.VV., *El personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales*, Dir. Cardenal Carro, M., Madrid, 2010.
- «Externalización del empleo público y degradación de los principios de mérito y capacidad», en AA.VV., *I Congresso Internacional de Ciências Jurídico-Em-presariais*, Janeiro, 2012.
- «Incidencia de la reforma laboral de 2010 en el empleo público», *RTSS*, 2011, pp. 1 y ss.
- «Trabajador indefinido no fijo al servicio de la Administración e interino por vacante: similitudes y diferencias», *AS*, 2010, pp. 33-42.
- *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*, 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*, Coords. Rodríguez García, N., y Fabián Caparrós, E. A., Salamanca, 2004.
- 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, 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., Madrid, 2007.
- ROMERO ALONSO, L., «Adquisición y pérdida de la relación de servicio», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2010, pp. 1878-1903.
- ROMERO BURILLO, A. M.<sup>a</sup>, «El régimen extintivo del contrato del trabajador indefinido no fijo de plantilla», *AL*, 2014, pp. 4 y ss.
- 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*, Madrid, 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., Madrid, 2000.
- «La negociación colectiva en el proyecto de ley del Estatuto básico del empleado público y en la Ley 21/2006», *RGDA*, 2006, pp. 1 y ss.
- ROSELL, F., «¡Arde Troya!», *El Mundo*, domingo 14 de noviembre de 2010.
- RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, 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)*, Madrid, 1992.
- RUIZ LÓPEZ, M. A., «La impugnación jurisdiccional de las relaciones de puestos de trabajo», *RVAP*, 2013, pp. 229-237.
- SAINZ MORENO, F., «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», *REDA*, 1976, pp. 63-94.
- «Secreto y Transparencia», en AA.VV., *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, Dir. Sainz Moreno, F., Madrid, 2004.
- SALA FRANCO, T., «La contratación temporal en la Administración Pública», *PJ*, 1986, pp. 159-167.
- «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](http://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, Madrid, 2001.
- *Incidencias de la legislación laboral en el marco de la Función Pública*, Madrid, 1989.
- SALA FRANCO Y ALTÉS TÁRREGA, «La contratación de personal laboral en la Administración Local», *REL*, 2008, pp. 39-143.
- SALVADOR LAGUARDA, R., «Estatuto del Empleado Público: Veto a los sindicatos en los órganos de selección de empleados públicos», *AJA*, 2011, p. 7.
- SÁNCHEZ BLANCO, A., «El derecho fundamental a la autonomía universitaria», en *X Jornadas de estudio: introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988.
- «Los derechos de participación, representación y de acceso a funciones y cargos públicos; la corrección de la unilateral perspectiva política», *REDA*, 1985, pp. 207-226.
- *Internet, sociedad, empresa y poderes públicos*, Granada, 1999.

- SÁNCHEZ ICART, J, «Contratación laboral por la Administración Pública: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable», *RL*, 1994, pp. 147-165.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., «El impacto de la reforma de la Administración local en el empleo público», *Anuario del Gobierno Local*, 2013, pp. 67-88.
- «Objeto y ámbito de aplicación», en *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, 2007.
- «Comentarios al artículo 23.2», en AA.VV., *Comentarios a las leyes políticas. La Constitución Española de 1978*, Dir. Alzaga Villaamil, O., Tomo II, Madrid, 1984.
- «Capítulo Segundo: clases de personal», en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Dir. Sánchez Morón, M., Valladolid, 2008.
- «El empleo público en España: problemas actuales y retos del futuro», *RARAP*, 2001, pp. 19-28.
- «Función, límites y control judicial de la discrecionalidad administrativa», en *Discrecionalidad administrativa: control judicial de la Administración*, 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*, 1999, pp. 117-126.
- «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», consultado en <http://www.aciae.com/2011/12/dictamen-sobre-interinos.html>.
- *Derecho de la Función Pública*, Madrid, 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., Valladolid, 2007.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Madrid, 2004.
- «Comentario al artículo 23 de la Constitución», en *Comentarios a la Constitución*, Dir. Garrido Falla, F., 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*, Madrid, 1986.
- SELMA PENALVA, A., «Precariedad laboral ahora también en la Administración Pública: comentario a la SJS núm. 33 de Madrid, de 24 de mayo de 2005 (AS 2005, 1717)», *AS*, 2005, pp. 2676-2681.
- «El trabajador indefinido no fijo en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura», *RL*, 2014, pp. 75-103.

- 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., 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*, Dirs. Palomar Olmeda, A., y Sempere Navarro, A. V., Pamplona, 2009.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., y QUINTANILLA NAVARRO, R. Y., «El personal laboral del sector público», *AS*, 2007, pp. 985-998.
- *La contratación laboral en las Administraciones Públicas*, Cizur Menor, Navarra, 2003.
- SERRANO FERRER, M.<sup>a</sup> 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*, 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, Madrid, 2001.
- SERRANO PASCUAL, A., «El empleo público en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: claroscuros y falta de apuesta firme por la modernización y por un modelo funcional de lucha contra la corrupción», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2014, pp. 590 y ss.
- «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*, 2000, pp. 1 y ss.
- «El empleo público en el Anteproyecto de Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: igualdad de oportunidades, mérito y capacidad, y corrupción», *Cuadernos de derecho local*, 2013, pp. 44-64.
- «Las ofertas de empleo público y la obligatoria inclusión de las plazas cubiertas interinamente, en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2014, pp. 182-198.
- 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.<sup>a</sup> Boquera Oliver*, Coords. Climent Barberá, J., y Baño León, J. M.<sup>a</sup>, Valencia, 2002.
- SIGUÁN SOLER, M., «La selección para el ingreso en la Administración Pública. El sistema de oposición», *DA*, 1960, pp. 1 y ss.
- SOLANA PÉREZ, A., «La carrera administrativa de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Lecciones de función pública*, Dir. Castillo Blanco, F. A., Granada, 2002.

- 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*, Madrid, 2010.
- 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*, Coords. Pallarés Moreno, M., y Sánchez Rodríguez, A., Sevilla, 1999.
- *El mito de la autonomía universitaria*, 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 justicia constitucional*, Madrid, 1985.
- TARDÍO PATO, J. A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986.
- TOLIVAR ALAS, J., y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.<sup>a</sup>, «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*, 2008, pp. 55-88.
- TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional Español*, Madrid, 1992.
- TORRES DEL MORAL, A., y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «Principio de igualdad y pensiones de viudedad», *RDP*, 1992, pp. 33-58.
- 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*, 2011, pp. 129-170.
- TOSCANO GIL, F., «Publicación de actos administrativos y protección de datos de carácter personal», *RGDA*, 2012, pp. 1 y ss.
- 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., Madrid, 2008.
- *La protección de datos personales. En busca del equilibrio*, Valencia, 2010.
- *Privatización, empresa pública y Constitución*, Madrid, 1997.
- UTRILLA DE LA HOZ, A., *El Sector Público empresarial autonómico y local*, Madrid, 2006.
- 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*, 2011.

- «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*, 2005, pp. 1 y ss.
- «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*, Coords. Gamero Casado, E., y Valero Torrijos, J., Navarra, 2008.
- «Las garantías jurídicas en la Administración electrónica: ¿avance o retroceso?», *Cuenta con IGAE*, 2009, pp. 19-28.
- *El régimen jurídico de la e-Administración*, Granada, 2004.
- 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., Granada, 2010.
- VILLANUEVA PUERTOLLANO, R., *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo*, Tesis doctoral, Madrid, 2011.
- 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, 2004.
- *Privatización de servicios públicos*, Madrid, 1993.
- VILLORIA MENDIETA, M., y DEL PINO MATUTE, E., *Dirección y Gestión de recursos humanos en las Administraciones Públicas*, Madrid, 2009.
- VILLORRIA MENDIETA, M., *El servicio civil de carrera en Latinoamérica: diagnóstico, causas y propuestas*, Madrid, 2007.
- *La corrupción política*, Madrid, 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., Madrid, 2010.
- «El acceso al empleo público en régimen laboral tras el Estatuto Básico del Empleado Público: algunas luces y demasiadas sombras», *REDA*, 2009, pp. 419-444.
- *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Valencia, 2009.
- YAGÜE GIL, P. J., *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993.
- ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*, Madrid, 1996.







En esta obra se analizan los mecanismos legales que podrían contribuir a una más efectiva vigencia de los principios de mérito y capacidad en el acceso al empleo público en condiciones de igualdad. Este derecho está reconocido y cuenta con desarrollo legal, pero los mecanismos legalmente previstos son insuficientes para evitar las vulneraciones de tales principios (procesos selectivos diseñados *ad personam*, excesivos empleados temporales para necesidades estructurales, abuso en la utilización del personal eventual y de los contratos administrativos de servicios, falta de transparencia del procedimiento, etc.).

La cuestión del respeto a los principios de mérito y capacidad ha sido estudiada por la doctrina, y cuenta con avances en la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público. Sin embargo, como innovación, la obra aporta un enfoque detallado y práctico de las soluciones concretas que podrían darse a las distintas vulneraciones que sufren los citados principios, novedosas y caracterizadas por un enfoque práctico poco habitual en los estudios sobre la materia.

El presente trabajo de investigación se basa en un estudio muy riguroso tanto del Derecho positivo (analizando las fuentes del Derecho, 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), como 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.