

Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público

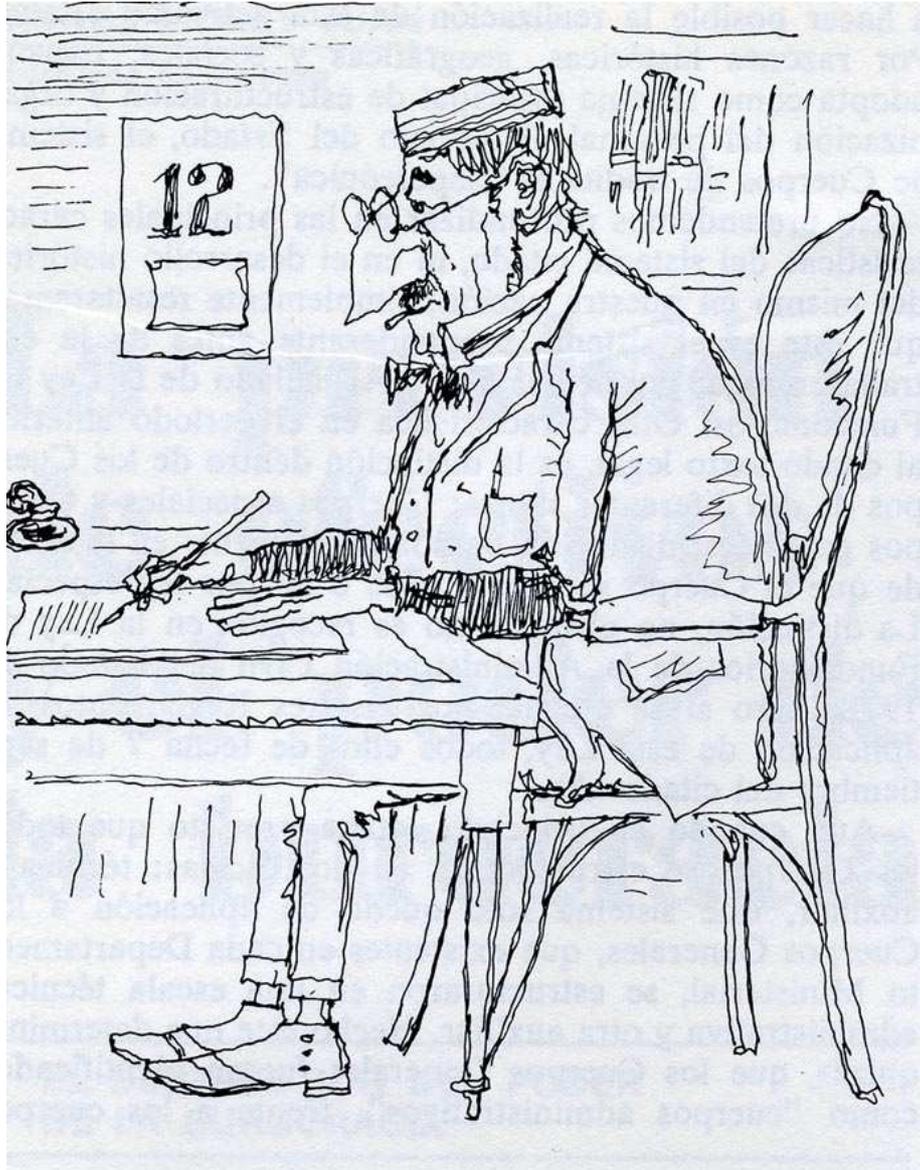


Imagen que figura en el trabajo del Autor *La previsión de efectivos y el poder de la burocracia*. en ICE num 522

Autor: Andrés Morey Juan
andresmorey@morey-abogados.com

COMENTARIOS AL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO: Puntos de desarrollo y de gestión.

Vamos a analizar la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, publicado en el BOE del día siguiente. Nuestros comentarios se harán partiendo, en primer lugar, de un análisis conforme a la estructura de la propia ley y según el orden de sus artículos, pero abordando sólo las cuestiones que afectan a la estructura de la función pública o de la organización administrativa pública y lo que consideramos figuras o conceptos fundamentales desde el punto de vista del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración, por lo que se expondrán cuestiones que han de considerarse por las diferentes Administraciones públicas a la hora del desarrollo del Estatuto y a efectos de la gestión de personal. En segundo lugar, una vez finalizado el análisis anterior, realizaremos una valoración global del texto y sus repercusiones.

La limitación señalada respecto del primer análisis significa que el Título III, en sus capítulos IV y V dedicados a la negociación colectiva y jornadas de trabajo, permisos y vacaciones, y los Títulos IV, VI y VII no serán analizados de modo detallado, al regularse en ellos aspectos menos conceptuales y más reglamentados y pormenorizados, con repercusión principalmente en el orden gestor.

1.- ANÁLISIS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

De la exposición de motivos de la Ley no analizaremos más que sus afirmaciones generales y no aquellas cuestiones que se abordarán en cada punto concreto de este comentario. Hay que considerar que, como es consustancial a toda exposición de motivos, se trata de manifestar las

causas y fundamentos que conducen, aconsejan u obligan a la nueva regulación.

A) Las cuestiones relativas al empleo público propiamente dichas.

Siguiendo el orden exponencial de la propia Exposición de motivos, lo primero que destaca es su párrafo inicial, pues en él, se afirma que el Estatuto Básico del Empleado Público *establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general, ya que la finalidad primordial de cualquier reforma en esta materia debe ser mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración.* Desde mi punto de vista, sin que pueda objetarse nada respecto de lo que se dice en este párrafo de la Exposición, sí que se nota a faltar una referencia al hecho de que en el estatuto, al regularse la función pública, también se está estructurando una parte del poder público del Estado y de sus Administraciones públicas, cuestión fundamental que al no manifestarse resta importancia o relativiza esta primera afirmación legal con un enfoque, paradójicamente y en principio, de corte liberal cuando el Estatuto se conforma en un Gobierno socialista, pues también es cierto que la relatividad y posibilismo que existe hace que la afirmación pueda ser interpretada de forma varia.

Destacan en esta primera afirmación legal, las siguientes cuestiones: Primero, la referencia a *los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público*; es decir, no preocupa, inicialmente, la estructura del empleo público, sino las relaciones referidas de empleo público, lo que sólo cabe interpretar como las relaciones que tienen los empleados con su empleador es decir con la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Administración pública que le “emplea”. Este aspecto relacional, desligado de la condición de poder de la función pública y la generalización que de por sí supone la referencia al *empleo público*, podemos afirmar que remarca los aspectos contractuales de la relación y no aquellos otros que desde el Derecho administrativo estamos acostumbrados a destacar, precisamente relativos al ejercicio de potestades públicas. No obstante, hay también que señalar que, inmediatamente y a continuación, se indican como primeros de estos principios el de *servicio a los ciudadanos y al interés general*, pero unidos a la manifestación de que la finalidad primordial de cualquier reforma en la materia debe ser la de *mejorar la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración*.

Esta conexión de las denominadas relaciones de empleo público con el servicio a los ciudadanos y al interés general y a la calidad de los servicios que el ciudadano recibe de la Administración, encierra unos conceptos que desde la propia afirmación legal no es posible desentrañar en su alcance y significado o desde qué concepción se está realizando, salvo que se parta del conjunto de la Exposición o del contenido del Estatuto. Inicialmente, partiendo de la no mención de las potestades públicas, cabe interpretar que el servicio a los ciudadanos y al interés general comprenda la actividad coactiva del Estado en defensa de dicho interés y la contribución en ello, por tanto, de los funcionarios públicos. Pero lo cierto es que los conceptos utilizados, tal como se exponen, se acercan más a los tópicos del liberalismo y a la concepción de la Administración pública como prestadora de servicios públicos, en su concepto de actividad prestacional y no de ejercicio de potestades. Y ello cabe interpretarlo así, también, si analizamos otro párrafo de la Exposición, el noveno, en cuyo segundo punto se dice: *La organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de*

potestades públicas en aplicación de las leyes y reglamentos se ha fragmentado en una pluralidad de entidades y organismos de muy diverso tipo, dedicadas unas a la prestación de servicios directos a la ciudadanía y otras al ejercicio de renovadas funciones de regulación y control. Están presentes en este párrafo ideas propias de los estudios de Ciencia de la Administración y especialmente en relación con la denominada fragmentación de la Administración pública o con las funciones de regulación y control como actividades clásicas y la actividad de prestación y servicios públicos base de la distinción entre políticas públicas prescriptivas y políticas públicas operativas¹; pero pese a la mención o referencia a las funciones de regulación y control, la fragmentación de entidades y organismos no se produce precisamente para ejercerlas, sino para la prestación de servicios públicos. Es decir, la proliferación de organizaciones separadas y personificadas no nace para el ejercicio de potestades públicas, sino, en principio, para la prestación de servicios, por lo que no es la burocracia o la organización burocrática tradicional la que se ha fragmentado en dicha pluralidad de entidades y organismos, sino la propia Administración pública o las Administraciones públicas y su actividad. Respecto a la organización burocrática, considerada en sentido amplio y corriente, no se ha fragmentado sino que ha sido siempre dual, pero en sentido estricto, en su concepto ligado al poder y al ejercicio de potestades públicas siempre ha ejercido, en sus niveles superiores, funciones de regulación y control, sin perjuicio de la función de gestión o mantenimiento.

En resumen, particularmente, creo que se quiere resaltar el incremento actual de la actividad de prestación de servicios y la fragmentación organizativa a que conduce, cosa obvia ya desde hace

¹ Estas cuestiones están perfectamente tratadas en el *Curso de Ciencia de la Administración* de **Baena del Alcázar, M.** en el punto II del Capítulo Introductorio y en los Capítulos IX y X. Edit. Tecnos. Cuarta edición reformada. Madrid 2000.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

bastantes años, por lo que el verdadero alcance de los conceptos manejados y la razón de su manifestación, hay en principio que deducirlo de la propia Exposición de Motivos, la cual, a continuación del último párrafo reflejado, nos dice que: *Esta diversidad de organizaciones ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regimenes de empleo público.* Referencia hecha para abordar la cuestión de la existencia de personal laboral o de la contratación de personal laboral en nuestras Administraciones públicas. Contratación, de otro lado, que existe prácticamente desde siempre y no tan moderna como se pretende, si bien, como toda la administración pública en sí misma, haya sufrido un incremento significativo. Más adelante veremos cómo se aborda en el texto articulado.

De modo unido a esta cuestión de la “heterogeneidad actual de los regimenes de empleo público”, en los párrafos siguientes, la Exposición de Motivos señala que la legislación general básica no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez y que ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos y, con anterioridad, que la correcta ordenación del empleo público requiere soluciones en parte diferentes en unos y otros sectores. Pero en un modelo de cómo decir muchas cosas, para acabar no aclarando nada o produciendo la confusión en el receptor o fomentando la ambigüedad y relatividad, en el párrafo décimo se dice: *En fin, la manifestación más significativa de esta tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público, no debe desconocerse que un porcentaje*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración.

En este párrafo, pues, desde mi punto de vista, late la idea de la bondad de la contratación laboral, al señalar que es el recurso de muchas Administraciones públicas y también porque en determinadas áreas de la Administración, sin referirlas, introduce criterios de gestión de la empresa privada que “explican” la preferencia por el régimen legal laboral. Es decir, este régimen se prefiere y acerca a la gestión de la empresa privada, a la que hay que considerar como más eficaz, desde puntos de vista hoy en boga, y en conexión con la flexibilidad, que antes se señaló que debe contener la ordenación general básica, resulta que el régimen laboral se califica como flexible. Por todo ello debemos concluir que es un régimen bueno que no se puede aplicar, como régimen general por **“imperativo constitucional”**. Se le ven las orejas al “legislador”, pero ello debe confirmarse con el estudio de las soluciones concretas o propuestas del articulado de la Ley.

Sigue la exposición de motivos señalando los problemas de gestión derivados de la dualidad de regímenes, el acercamiento entre ambos por razón de la jurisprudencia y la aplicación de principios comunes o por la negociación colectiva que los ha acercado.

En definitiva, en todos los puntos analizados, creo que las reflexiones del legislador vienen a justificar la denominación de la Ley, en cuanto a su referencia al empleo público y no, como en el caso de las leyes anteriores, a la función pública, y, a reserva del análisis del texto legal y sus artículos, quizá a justificar o preparar el camino de un cambio en el modelo de Estado, de modo que cada Comunidad

Autónoma, hoy, y posible Estado mañana, haga lo más conveniente desde sus puntos de vista y no digo intereses públicos. Pero también, quizá, para partiendo de la fragmentación de las Administraciones públicas en organizaciones separadas (organismos autónomos, entidades públicas empresariales o agencias estatales) permitir un incremento del personal sometido al régimen jurídico laboral, allí donde no existe el ejercicio de funciones públicas propiamente dichas.

B) Las consideradas cuestiones básicas.

El párrafo segundo de la Exposición de Motivos empieza señalando que el Estatuto Básico del Empleado Público *contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas, más las normas legales específicas aplicables al personal laboral a su servicio*. Continúa, señalando por primera vez, la dualidad de regímenes de empleo público antes apuntada, pero partiendo del *principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcionarial*, ya apunta la importancia o papel creciente del régimen laboral para “determinadas tareas”, por lo que acaba diciendo que *el Estatuto sintetiza aquello que diferencia a quienes trabajan en el sector público administrativo, sea cual sea su relación contractual, de quienes lo hacen en el sector privado*. En definitiva, lo primero que se indica como básico es señalar lo común a todos los funcionarios públicos. Pero en el caso del personal laboral, no se hace referencia en realidad a lo común o básico, sino a *normas legales específicas aplicables*. Diferencia significativa que no se explica en el párrafo, pero que tiene que ver con lo dispuesto en el artículo 149. 1.7ª de la Constitución española que atribuye al Estado competencia exclusiva respecto de la legislación laboral, y como tal hay que entender las normas que son de aplicación al personal laboral de las

Administraciones públicas, salvo que se distingan de los principios generales que rigen la organización administrativa pública o las Administraciones públicas, cosa que, en principio, la referencia principal al empleo público y a sus relaciones no permite hacer con claridad. En cambio, respecto del régimen estatutario de los funcionarios, el artículo 149.1.18ª sólo le atribuye al Estado la regulación de las bases correspondientes. Diferencia que no tiene otra razón de ser que el hecho de que la legislación laboral rige relaciones de derecho privado, en principio; es decir, empresa- trabajador, mientras que la función pública afecta a la estructura de poder del Estado y a las potestades públicas de autoorganización de las Administraciones públicas que hay que respetar. Cuestión que ya hemos dicho notamos a faltar en la Exposición y que precisamente es una de las razones fundamentales, aunque no la única, por la que es necesario un régimen específico de regulación del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Continúa la Exposición calificando al estatuto como un simple paso necesario *en un proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y la gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestro tiempo, en línea con las reformas que se vienen emprendiendo, últimamente en los demás países de la Unión Europea y en la propia Administración Comunitaria.* Reconozco que dichas reformas no las conozco y no me es posible conocerlas a través del texto, siendo la única cuestión que sí conozco las de fijar el concepto de empleos de la Administración pública exceptuados del principio de movilidad de los ciudadanos o trabajadores de los países integrantes de la Unión, cosa ya antigua.

El párrafo siguiente resulta ser una verdadera perogrullada y el que le sigue también, pues contienen verdaderas obviedades y

generalidades o lugares comunes que no concretan soluciones técnicas efectivas para el logro de todo lo necesario según dichos párrafos (4º, 5º) y en el sexto, que sólo se dirigen a revestir de un pretendido contenido técnico a la reforma, pero que simplemente son una introducción al párrafo séptimo y siguientes, en los que surge la verdadera razón de la nueva ley.

Pero como el lector no tiene porqué tener el texto legal a la vista es forzoso reflejar, para mejor comprensión y apreciación de lo antedicho, el contenido de los párrafos cuarto, quinto y sexto, que dicen lo siguiente:

Las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social. Entre estos factores el más importante es, sin duda, el personal al servicio de la Administración.

El sistema de empleo público que permite afrontar estos retos es aquel que hace posible atraer a los profesionales que la Administración necesita, que estimula a los empleados para el cumplimiento eficiente de sus funciones y responsabilidades, les proporciona la formación adecuada y les brinda suficientes oportunidades de promoción profesional, al tiempo que facilita una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal, atendiendo al desarrollo de las nuevas tecnologías.

Para eso, la legislación básica de la función pública debe crear el marco normativo que garantice la selección y la carrera sobre la base de los criterios constitucionales de mérito y capacidad y que establezca un justo equilibrio entre derechos y responsabilidades de los empleados públicos. Además la legislación básica ha de prever los instrumentos

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

que faculten a las diferentes Administraciones para la planificación y ordenación de sus efectivos y la utilización más eficiente de los mismos.

En el párrafo séptimo ya aparece el factor que realmente está presente en la pretendida reforma actual, puesto que dice que la legislación básica mencionada en el párrafo anterior debe tener en cuenta *el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar durante las últimas décadas*, señalando el hecho de la reducción de efectivos en la Administración General del Estado y el incremento, en cambio, en las Administraciones autonómicas, por lo que el párrafo octavo, desvela la verdadera razón o motivo de la nueva regulación, cuando dice: *Quiere eso decir que el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo que tenga como modelo único de referencia a la Administración del Estado. Por el contrario, cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes. Por tanto, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación, con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.*

A la vista de esta afirmación legal, los que vivimos los inicios de las Comunidades Autónomas y contribuimos en la fase del desarrollo de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, mediante las leyes de función pública de cada Autonomía, deberemos convenir cuán lejos están los tiempos en los que no se podía cambiar ni siquiera la denominación de “relaciones de puestos de trabajo” por plantillas orgánicas y que conseguirlo, en el caso valenciano, supuso un

pesado ejercicio dialéctico sobre el derecho o potestad de autoorganización. Hemos pasado, pues, de ser impuestos vicios y defectos de la organización estatal a las Comunidades Autónomas a la situación que ahora se proclama, si bien conocer si se mantienen elementos de cohesión, si son los que deben ser y si no se ven mermados los necesarios, naturalmente, depende del análisis pormenorizado de la Ley propiamente dicha.

C) El resto de cuestiones.

Con lo expuesto en los dos apartados anteriores creo que se resumen los aspectos más básicos de la Exposición de motivos de la Ley, como justificación de su existencia y definitorias de su sentido principal, el resto consiste principalmente en el avance del contenido del articulado de la Ley resaltando sus aspectos principales, por lo que estimo que, sin perder de vista las referencias o explicaciones realizadas en ella, estos aspectos debemos abordarlos en el momento de analizar el texto legal propiamente dicho. Hay que decir, no obstante, que la Exposición no realiza una explicación del orden seguido en la estructuración del texto legal.

También hay que destacar que la Exposición de Motivos en su duodécimo párrafo revela su carácter de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, que realmente especifica la Disposición Final Primera de la Ley, en el sentido que antes echábamos de menos, pues ésta sí que se refiere, por un lado, al artículo 149.1.18ª de la Constitución y, por otro, al 149.1.7ª en cuanto a lo laboral. La Exposición manifiesta que el Estatuto ha de ser desarrollado por normas con rango de Ley tanto por el legislador estatal como por el de cada Comunidad Autónoma, hecho que confirma su carácter de legislación básica del citado artículo 149 de la Constitución. En este punto nos dice

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

que estas leyes *podrán ser, asimismo, generales o referirse a sectores específicos de la función pública que lo requieran. Entre estas últimas habrá que contar necesariamente las que afecten al personal docente y el personal estatutario de los servicios de salud, constituyendo, en relación a este último colectivo, norma vigente la Ley 55/2003, de 14 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, y asimismo su normativa de desarrollo, con independencia de la vocación universal de aplicación y de norma de referencia, en definitiva, del Estatuto Básico del Empleado Público.* Parece, pues, que en esos ámbitos, docente y sanitario, no rige el mismo espíritu de que cada Administración pública configure su política de personal.

En cambio bastante más adelante la Exposición dice: *En cualquier caso, por lo que se refiere a la ordenación del empleo público, así como al sistema de estructuración del mismo en cuerpos, escalas, clases o categorías y a los instrumentos de clasificación de los puestos de trabajo, el Estatuto Básico pretende ser escrupulosamente respetuoso de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas, así como de la autonomía organizativa de éstas y de las Administraciones locales. Sobre la base de unos principios y orientaciones muy flexibles, la ley remite a las leyes de desarrollo y a los órganos de gobierno correspondientes el conjunto de decisiones que habrán de configurar el empleo público de cada Administración.* Como vemos se insiste en la idea de no establecer un régimen homogéneo y se pretenden unos principios y orientaciones muy flexibles. Por tanto, serán los análisis posteriores y concretos de dichos principios los que nos permitirán calibrar la realidad o no de su contenido básico y categorial o si nos encontramos en un abandono de competencias estatales, en el sentido de una renuncia a establecer verdaderos principios y conceptos básicos y comunes o ante meras orientaciones y alternativas que puedan tener

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

efectos perturbadores en la organización administrativa pública española o llevar a una mera copia entre las Comunidades Autónomas de sus legislaciones. Pero no perdamos de vista que en estas leyes de desarrollo también están leyes estatales que se dirigirán únicamente a la Administración General del Estado, pero que de hecho serán guía o ejemplo de soluciones concretas para el resto de las Administraciones públicas.

También es de destacar que la Exposición se refiere como elemento fundamental de la nueva regulación a *la evaluación del desempeño de los empleados públicos* mediante procedimientos fundados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. Este deseo, hace tiempo convertido en utopía, no se ha hecho efectivo nunca y el intento inicial en este sentido de la Ley valenciana de la Función Pública, 10/1985, no fue nunca realidad, ni se hizo nada al efecto, pues nunca se desarrolló el artículo 47.2 de su primer texto, sino que por el contrario se derogó en reformas posteriores. Veremos, pues, cuál es el desarrollo futuro de este elemento en las leyes de cada Administración. La Exposición de motivos le otorga mucha importancia, vinculándolo a la promoción en la carrera, la provisión y el mantenimiento de los puestos de trabajo y para la determinación de una parte de las retribuciones complementarias vinculadas a la productividad o rendimiento. Nos detenemos aquí, sin perjuicio de los comentarios que hagamos al texto articulado, para no hacer juicios previos sobre sistemas y procedimientos pendientes de desarrollo y eficacia, simplemente reflejamos los párrafos más significativos, así se dice:

Es obvio, en efecto, que las oportunidades de promoción y, en alguna medida, las recompensas que corresponden a cada empleado público han de relacionarse con la manera en que realiza sus funciones, en atención a los objetivos de la organización, pues resulta injusto y

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

contrario a la eficiencia que se dispense el mismo trato a todos los empleados, cualquiera que sea su rendimiento y su actitud ante el servicio.

De ello deriva que la continuidad misma del funcionario en su puesto de trabajo alcanzado por concurso se ha de hacer depender de la evaluación positiva de su desempeño, pues hoy resulta ya socialmente inaceptable que se consoliden con carácter vitalicio derechos y posiciones profesionales por aquellos que, eventualmente, no atiendan satisfactoriamente a sus responsabilidades.

En, principio nada hay que oponer a un sistema de evaluación del trabajo realizado por los funcionarios y empleados públicos, pero sin perjuicio del examen concreto del articulado dedicado al mismo, la lectura de estos párrafos en una Administración y función pública marcada por la extensión de la libre designación y su carácter normal y no excepcional y por la politización, hace temer por la utilización que se haga del mismo y esperar a ver las garantías procedimentales de que se revista la evaluación. Por lo que habrá que considerar y analizar el sistema tal como el texto legal lo perfila.

Sigue la Exposición señalando los aspectos regulados por ella, que no vamos a destacar ahora, pues se analizarán de modo más o menos amplio al ver el texto y articulado legal, pero sí conviene señalar que se hace referencia a una mayor autonomía a las Administraciones públicas en la determinación de las retribuciones de carácter complementario y terminaremos reflejando el último párrafo que dice:

La dispersión de la legislación básica en varios textos aconsejaba, desde hace tiempo, su refundición en el marco de un modelo coordinado para las políticas de personal. Pero, además, desde que se aprobó la legislación de los años ochenta nuestra sociedad y

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

nuestras Administraciones Públicas han experimentado muy profundas transformaciones que, junto a la experiencia acumulada desde entonces, hacían imprescindible una nueva reforma general. Así se intentó en 1999 mediante la presentación de un Proyecto de Ley de Estatuto Básico de la Función Pública, que no llegó a tramitarse. Y así se lleva a cabo definitivamente mediante el presente texto, que ha sido elaborado tras un intenso período de estudio y reflexión, encomendado a la Comisión de expertos constituida al efecto y tras un no menos sostenido proceso de discusión y diálogo con los representantes de las Comunidades Autónomas y de otras Administraciones y con los agentes sociales y organizaciones profesionales interesadas. De uno y otro se deduce la existencia de un consenso generalizado a favor de la reforma y numerosas coincidencias sobre el análisis de los problemas que hay que resolver y acerca de las líneas maestras a las que dicha reforma debe ajustarse.

Veamos, pues, como se han analizado los problemas y las líneas maestras que se han adoptado.

2.- DEL TITULO I: OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Artículo 1: Objeto.

El artículo 1 define el objeto del Estatuto y en su punto 1 y 2 establece:

1. El presente Estatuto tiene por objeto establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación.

2. *Asimismo tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones públicas.*

De estos párrafos hay que comentar las siguientes cuestiones. La primera que siendo el estatuto del empleado público, lo primero que hace es distinguir entre funcionarios públicos y personal laboral. En el primer caso el Estatuto *establece* unas bases de su régimen, pero respecto de los incluidos en su ámbito de aplicación (art. 2), y, en el segundo caso, *determina* las normas aplicables. Por tanto, sigue presente la dualidad de regímenes tradicional en nuestras Administraciones públicas, sin perjuicio del mayor o menor acercamiento en el contenido de los mismos; también se manifiesta en el artículo la distinción que determina el artículo 149 de la Constitución en su punto 1. 7ª y 18ª, diferenciando la intensidad de la competencia exclusiva que le corresponde respecto de la legislación laboral de la que afecta al régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas. Es decir, la intensidad en el caso del personal laboral es mayor, pues el Estado tiene competencia exclusiva a través de la regulación legal de la materia, que según sentencias del Tribunal Constitucional alcanza a la posibilidad de considerar incluidos los reglamentos estatales dentro del concepto de legislación laboral del artículo 149 mencionado. En el segundo caso, el de los funcionarios públicos, el Estado tiene sólo competencia para establecer unas bases que ***en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas.*** Por tanto, hay que considerar que las bases tienen precisamente como objeto dicha garantía y que, por su propio carácter, deben serlo a través del establecimiento de unos principios generales y comunes de obligada aplicación para cada

Administración, más que constituirse en normas detalladas con soluciones concretas y rígidas. Empieza a atisbarse, respecto de lo analizado en la Exposición de motivos, la posible existencia de alguna contradicción y problemas al respecto por indefinición de lo común o de las bases propiamente dichas. Sea como sea, se entiende que en la apreciación de todo el texto, el analista y el aplicador del mismo deben considerar permanentemente que los preceptos dedicados a los funcionarios públicos son sólo bases y que los destinados al personal laboral son normas, sin perjuicio de que éstas sean más o menos flexibles o permitan soluciones alternativas y otorguen algún margen de discrecionalidad y desarrollo.

El punto 3 del artículo establece lo siguiente:

3. Este Estatuto refleja, del mismo modo, los siguientes fundamentos de actuación:

- a) Servicio a los ciudadanos y a los intereses generales.*
- b) Igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional.*
- c) Sometimiento pleno a la ley y al Derecho.*
- d) Igualdad de trato entre mujeres y hombres.*
- e) Objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio garantizadas con la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.*
- f) Eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos.*
- g) Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos.*
- h) Transparencia.*
- i) Evaluación y responsabilidad en la gestión.*
- j) Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas.*

k) *Negociación colectiva y participación, a través de los representantes, en la determinación de las condiciones de empleo.*

l) *Cooperación entre las Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo público.*

He de confesar que me sorprende la inclusión de estos *fundamentos de actuación* sobre la base de que la Ley en su denominación parte de que es un estatuto del empleado público; es decir, acentúa su carácter de reguladora de una relación entre una organización y sus empleados o servidores, cuestión que veíamos resaltaba la exposición de motivos en su primer párrafo, al referirse a las *relaciones de empleo público*; si bien hay que considerar que en estas relaciones incluye el servicio a los ciudadanos y la calidad del mismo. Sorprende, no porque los principios no puedan ser bases para una regulación de la función pública, sino porque muestra que la realidad es más tozuda que los deseos y tópicos, pues ya en el primer artículo se evidencia que regular dicha función es, o supone, regular la actuación de sus Administraciones públicas y la estructura de poder que se relaciona con los ciudadanos y que cumple con los intereses generales y que el énfasis en destacar la idea del empleado público resulta, frente a ello, realmente secundario, si no perturbador.

Analizar cada uno de los principios expuestos puede llevar a escribir todo un texto, por lo que, sin perjuicio de su análisis en los artículos concretos en que se recojan, destacaremos, primero que se refieren preferentemente a la actuación de las Administraciones públicas y comentamos la inclusión de algunos de ellos por su significación; así el de la igualdad de trato entre mujeres y hombres, cuyas consecuencias o aplicaciones pueden ser varias y discutibles. También, son de destacar las repercusiones que puede tener en la interpretación de la Ley y la

Constitución, la unión del principio del sometimiento pleno a la ley y el Derecho con los de la objetividad, profesionalidad e imparcialidad en el servicio y sobre todo con la “transparencia”. Porque ello puede suponer que los funcionarios públicos evidencien ante la sociedad los vicios y corrupciones de las Administraciones públicas. Hecho que no sólo puede considerarse conforme y adecuado a dichos principios o fundamentos, sino que cuenta también en este artículo del Estatuto con un fundamento como el de Jerarquía que se circunscribe a *la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas*, y que inicialmente no está definido en su alcance ni límites. Por mi parte, me he referido a este principio y sus límites por entender que no alcanza a obligar a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones garantías del derecho y de su eficacia, así como del interés público, pues es una función técnica, normalmente de propuesta, dictamen o informe que no puede ser impuesta por un tercero².

También hay que señalar que el artículo recoge el principio de evaluación y responsabilidad en la gestión y otros como el de negociación colectiva y participación, limitado a la determinación de las *condiciones de trabajo*, y cuyo alcance veremos en el punto correspondiente, y el de cooperación entre Administraciones públicas en la regulación y gestión del empleo público, que va más allá de la relación de empleo público.

No obstante, reflejo a continuación las consideraciones que este artículo 1.3, me ha sugerido a efectos de mi análisis de las relaciones

² Véase, en www.morey-abogados.com, el Capítulo III, punto 2.1, de mi obra *Juridicidad y organización en la Administración pública española*.

entre derecho y organización, en mi trabajo *Juridicidad y organización en la Administración española*³:

“Como vemos aparecen aquí reiterados principios ya reflejados en otras leyes, si bien hemos de referirlos a la actuación de los empleados públicos y en la actuación de las Administraciones públicas respecto de ellos. Cualquier profesional de la administración pública sabe que cada uno de estos principios exige de organizaciones y procedimientos que los hagan efectivos y que entre ellos existen puntos de fricción o necesidades de interpretación o coordinación. Analizando el artículo, vemos los principios recogidos en sus apartados a), c) y e) y, en cierto modo, el i), que podemos entender íntimamente conectados. El principio del apartado a) el del *servicio a los ciudadanos y a los intereses generales*, tiene varias caras o aspectos a tratar, dependiendo de cual sea el servicio o la actividad que se realice, pues se puede tratar de la prestación de un servicio público propiamente dicho o de la eficacia de un derecho subjetivo o de un interés legítimo o de todo un derecho fundamental o se puede tratar de una mera asistencia técnica o informativa. Podemos considerar que en todo ello hay un servicio al ciudadano, pero al mismo tiempo, sobre todo en lo que no son prestaciones materiales sino realización y efectividad de derechos, el servicio al ciudadano y el servicio a los intereses generales se han de conjugar, pues no cabe la concesión o reconocimiento de derechos en contra de los intereses generales.

Nos plantea lo antedicho, una cuestión esencial ¿quién nos marca los intereses generales? o ¿quién los interpreta? No cabe otra respuesta que el Derecho los marca y los funcionarios públicos los

³ Véase en www.morey-abogados.com, el Capítulo III, punto 2.2.3

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

interpretan. Y así aparece la conexión con el principio reflejado en el apartado c) el de la actuación con *sometimiento pleno a la ley y el Derecho*. Resulta de todo ello una exigencia organizativa ineludible la de que en toda Administración pública han de existir personas con capacidad y formación para interpretar los intereses generales a través del Derecho y las leyes y, en consecuencia, con formación jurídica, y en todos los órganos relacionados con la producción de normas y actos o resoluciones administrativas y también en cuanto a la formulación e implementación de las políticas públicas. Conviene en este punto realizar la conexión con el apartado e) el que recoge el principio de la objetividad e imparcialidad en el servicio garantizadas por la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera. Pues bien, de esta conexión resulta que la función interpretativa y de aplicación jurídica que hemos comentado ha de realizarse con *objetividad*, lo que implica de nuevo una fundamentación en la ley y en el Derecho, con profesionalidad, lo que supone conocimiento y dedicación, y con *imparcialidad*, lo que supone independencia, carencia de intereses personales en el asunto a resolver y de nuevo referencia a la ley y el Derecho o motivación en ellos fundada. Y todo ello desemboca en que es un ejercicio profesional que corresponde a los funcionarios de carrera y que implica la *inamovilidad*. Y este punto conecta, finalmente, con el principio de igualdad, mérito y capacidad en el acceso y en la promoción profesional que refleja el apartado b) del artículo y que es la forma de legitimación de la función pública a ejercer o del funcionario propiamente dicho para dicho ejercicio.

Al realizar esta reflexión acude a mi mente, por ejemplo, que en este ejercicio profesional de la interpretación y eficacia del Derecho y de los intereses generales, en el procedimiento

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

administrativo, propiamente dicho, no es posible que intervenga quien no sea funcionario público e, incluso, se plantearía la duda de si cabe que la función se realice por funcionario interino. No cabe duda que esta función no puede realizarse por personas ajenas a la organización o mediante contratación del servicio, salvo, quizá, en los muy concretos casos limitados de defensa en juicio, en los que el la Administración ya ha declarado y reconocido o no el derecho concreto. Como vemos todo lo expuesto conlleva unas formas de organización concretas y adecuadas a los fines perseguidos.

El artículo refleja, aún, más principios que conectan con lo anterior, así podemos referirnos al principio de *transparencia*, que, desde mi punto de vista, supone que las razones que llevan a una decisión pública deben de estar manifiestas y que conduce a un procedimiento concreto y documentado. Aunque no se quiera la transparencia conduce a un comportamiento burocratizado, en el sentido que exige de documentos o papeles que permitan conocer el proceso seguido en la toma de decisiones, acuerdos y resoluciones. No acaban aquí las conexiones entre unos y otros principios sino que se manifiesta que en todo caso la eficacia de los ya señalados depende de la formación de los funcionarios públicos y, por tanto, del *desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos*, que como es natural exige de las Administraciones públicas que contribuyan, lo lógico es que con su propia organización, a dicha cualificación y desarrollo profesional y de formación en definitiva.

Pero un punto, importante, es que finalmente la Ley señala como un principio la *evaluación y responsabilidad en la gestión*, lo que no cabe interpretar de un modo general que comprende tanto la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

simple gestión, como la toma de decisiones, incluidas las jurídicas. Una vez más todo un complejo sistema que exige de una organización y unos procedimientos dirigidos a su eficacia y de una gran profesionalización en la Administración pública y que conecta con el otro principio recogido en el apartado j) del artículo que comentamos y que es el de *jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas*. Principio que hay que considerar, primero, a efectos de esta responsabilidad en la gestión, pero también en coordinación con los principios de los apartados a) c) e) y h), pues no pueden ser contradichos por él.

Este principio, si hay que considerarlo conectado con el de evaluación y responsabilidad en la gestión, marca una buena serie de problemas organizativos y de profesionalización en las Administraciones públicas y, sobre todo, afecta a la decisión organizativa relativa a los niveles políticos y profesionales de la Administración pública; es decir, a su grado de politización y profesionalización, pues si los cargos públicos no tienen la preparación técnica exigida por la función y por su conexión con el resto de la organización, mal pueden ser efectivos muchos de los principios que señala la Ley en este artículo 1.3. Por lo tanto las repercusiones de este artículo si se toma en serio y sus principios se consideran, después, judicialmente, son importantísimas, tanto, que constituyen un verdadero problema organizativo y de gestión, todavía más en cuanto que son también jurídicos.

Pero no acaban aquí las cuestiones y problemas que se plantean, pues, sin perjuicio del principio de *cooperación entre Administraciones Públicas en la regulación y gestión del empleo*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

público, conectado con la ya contemplada cooperación general entre Administraciones públicas, la Ley destaca el de *eficacia en la planificación y gestión de los recursos humanos*, que implica el análisis de las funciones a desarrollar, el de los puestos de trabajo, el de su agrupación y clasificación, organización corporativa o no, su carácter funcionarial o laboral, etc. También el de la *negociación y participación, a través de los representantes, en la determinación en las condiciones de empleo*, determina formas de organización y procedimientos a ello encaminadas, pero sobre todo la definición clara de lo que constituyen dichas condiciones de empleo de lo que es potestad organizatoria o ejercicio de potestades públicas, irrenunciables e innegociables por afectar a intereses generales o públicos.

Pero hemos dejado para el final el principio de *igualdad de trato entre mujeres y hombres*, en cuanto es fácil que se identifique con un principio de paridad, pues de hacerse así las repercusiones organizativas y de interferencia con el resto de principios puede ser enorme. No obstante no estimo que el principio legal tenga dicho alcance o interpretación.

En definitiva, todos los principios señalados en el Estatuto como es lógico han de influir en los procedimientos y en la organización que en él se establecen, sin que sea preciso analizar sus capítulos, así como han de ser considerados en cada Ley de desarrollo, por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas.”

Artículo 2: *Ámbito de aplicación.*

Reflejaremos íntegramente el artículo para comentarlo a continuación:

1. *Este Estatuto se aplica al personal funcionario y en lo que proceda al personal laboral al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:*

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

2. *En la aplicación de este Estatuto al personal investigador se podrán dictar normas singulares para adecuarlo a sus peculiaridades.*

3. *El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20 y los artículos 22.3, 24 y 84.*

4. *Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud.*

5. *El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones públicas no incluido en su ámbito de aplicación.*

Este artículo no puede ser analizado aisladamente, pues debe serlo en relación con los cinco siguientes y contemplado, todo ello, teniendo en cuenta la afirmación última de la Exposición de motivos, reflejada al final del primer punto de estos comentarios, que parece apuntar, como un fundamento o razón de la Ley, a la refundición de la legislación básica, dispersa en varios textos. En primer lugar, respecto del punto 1 del artículo, hay que decir que se refiere a las Administraciones a las que tradicionalmente viene siendo de aplicación la normativa estatal de función pública, coincidente con las Administraciones públicas de base territorial y sus personas jurídico- públicas, regidas por el Derecho administrativo, con la natural incorporación desde 1984 de las Comunidades Autónomas. Sólo cabe destacar la específica referencia a las Universidades Públicas, que han quedado casi jurídicamente separadas del concepto de dichas personas o, al menos, de su carácter de dependencia orgánica de una Administración pública.

Pero del propio artículo y sus puntos, se deduce que la refundición de la legislación básica no se realiza en realidad y que existe una legislación específica para el personal docente y el sanitario, como con anterioridad, sin que les sea de aplicación el Estatuto en la materia regulada respecto de la *carrera profesional y la promoción interna* (Título III Capítulo II), puesto que el artículo 20, que sí es de aplicación, se refiere a la evaluación del desempeño. De otro lado, se entiende que tampoco les son de aplicación los artículos 22.3 (Capítulo III del Título II) que se refiere a las retribuciones complementarias y el 84 (Título V Capítulo III) referido a *la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas*.

También se deduce del punto 5 que el Estatuto no alcanza directamente a todo el personal de las Administraciones públicas en él incluidas; lo que significa, desde mi punto de vista, que dicho personal

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

no comprendido en el ámbito de aplicación puede regirse por normativa propia. Pero, el punto no deja claro cuál es dicho personal no incluido y no puede entenderse que se refiere al contemplado en el artículo 4, ya que no puede considerarse como personal de las Administraciones públicas comprendidas en este artículo 2.1. Hay que entender que en el punto 5 del artículo comprende al personal de sociedades estatales o al de otros entes regidos por el derecho privado como algunas fundaciones, dado que la exposición de Administraciones y organismos enumerados anteriormente se refiere a entes sujetos a Derecho administrativo, pero puede que también comprenda algún otro de los sujetos que por la regulación de Hacienda pública se rigen por sus propias leyes o estatutos. Tampoco puede olvidarse que el concepto de la Administración General del Estado empieza a romperse en cuanto algunos organismos como las entidades públicas empresariales en la vigente legislación de Contratos de Sector público no se consideran a su efecto como Administración pública y que la naturaleza de las agencias estatales no está claramente perfilada y depende de sus Estatutos, por lo que el sometimiento a derecho privado en su caso, puede implicar escapes de aplicación del Estatuto Básico.

Es preciso comentar el punto 4 del artículo, puesto que el denominado personal sanitario es conceptuado como estatutario y ello ha implicado siempre que se le haya considerado como un tercer género entre funcionarios públicos y personal laboral, que se regía por normas de Derecho administrativo pero resolvía los conflictos de relación jurídica por vía jurisdiccional laboral. Los aspectos relacionados con la organización propiamente dicha se sometían a Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso administrativa. La Ley no ha querido modificar esta naturaleza estatutaria, bien para considerar a este personal como funcionario, puesto que otros con funciones que no suponen

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ejercicio de potestades públicas o satisfacen directamente intereses generales son considerados como tales, ni ha querido convertirlos en personal laboral. Sin embargo, el Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, en su artículo primero dice: *Esta Ley tiene por objeto establecer las bases reguladoras de la **relación funcional especial** del personal estatutario de los servicios de salud que conforman el Sistema Nacional de Salud, a través del Estatuto Marco de dicho personal.* Por tanto, resulta claro que en el año 2003 en que se dicta este Estatuto Marco, Ley 55, se quiere huir del carácter híbrido y considerar funcionarios al personal sanitario. De otro lado, esta Ley no figura para nada en la Disposición derogatoria única del Estatuto del empleado público, por lo que el artículo 1 reflejado sigue en vigor. Se evidencia, que era posible acabar con la denominación de personal estatutario, que nunca se hace y que se provocan cuestiones y controversias inútiles y se complica la regulación. Además, la denominación de personal estatutario es de aplicación a mucho más personal que el sanitario e, incluso, dada la titulación de la Ley, Estatuto del empleado público, ¿por qué no, por ejemplo, denominar a los propios funcionarios públicos como personal estatutario?

Por todo ello, ahora, se ve obligada la Ley a dictar este punto 4 y que se sepa que las normas aplicables al funcionario de carrera lo son también para el estatutario de los Servicios de Salud. En cambio, en el caso del personal docente, de siempre considerado como funcionario público, no se hacen precisas estas matizaciones.

De todas formas, incluso en el caso del punto 2 del artículo, la razón de la diferenciación de estos tipos de personal radica en su actividad y en las características propias de las organizaciones en las que se ejerce y no en que sustancialmente sus derechos y obligaciones sean diferentes. Cuestión que nos hace reflexionar, una vez más, que una cosa

es la relación jurídica entre las Administraciones públicas y su personal y otra las características de la actividad del personal y las formas organizativas y estructurales a que obligue y que hace que, al regular el personal de las Administraciones públicas, nos encontremos con una cuestión compleja, difícil de solucionar en un solo texto y que afecta a la estructura y organización de las Administraciones públicas y a derechos e intereses de los ciudadanos o que supone también que se estén regulando garantías a favor de los mismos y del ordenamiento jurídico en general.

Artículo 3: *Personal funcionario de las entidades locales.*

Conforme, pues a la inclusión en el ámbito de aplicación de la Ley de las Administraciones de las Entidades locales, el estatuto se ve también obligado a matizar la regulación de su personal, de modo que el artículo 3 dice:

1. El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local.

2. Los Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

El artículo, pues, es un ejemplo más de la carencia de refundición normativa, la cual se proclama como objetivo y, en parte, sólo establece obviedades desde el punto de vista jurídico, pero quizá convenientes para que los aplicadores del Estatuto y del ordenamiento jurídico correspondiente a la función pública y a la organización de las

Comunidades Autónomas tengan clara su actividad y la prelación normativa.

Hay que notar que no existe referencia en el artículo a los funcionarios de habilitación nacional, por lo que se entiende que son funcionarios del Estado. Pero como el texto se ocupa de ellos más adelante, en su momento veremos cómo quedan afectados.

Artículo 4: *Personal con legislación específica propia.*

Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal:

a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas:

b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas.

c) Jueces, Magistrados, Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

d) Personal militar de las Fuerzas Armadas.

e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

f) Personal retribuido por arancel.

g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia

h) Personal del Banco de España y Fondos de Garantía de Depósitos en Entidades de Crédito.

Se sigue haciendo evidente que se mantiene la dispersión de textos y, en este caso, para dejar la aplicación de la normativa básica al arbitrio de determinados poderes u organizaciones o cuerpos funcionariales. La existencia de una regulación especial en los casos que señala el artículo podemos convenir que tiene una raíz común en la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

actividad específica que los funcionarios o personal reseñados desempeñan, pero en el caso de las Cortes, Órganos constitucionales y Estatutarios y Jueces, Magistrados y Fiscales, existe a no dudar una consideración a la independencia de los poderes legislativo y judicial o de los órganos constitucionales y estatutarios antes citados.

No obstante, cabe preguntarse si, pese a las peculiaridades de la actividad y, sobre todo, a sus repercusiones en las formas organizativas y estructurales del personal correspondiente, no existe un bloque de ordenamiento que es común a todo funcionario público y que materialmente debe de ser respetado y aplicado por todos los poderes y organizaciones. Nos encontramos, pues con que hay aspectos singulares en la actividad y organización del personal señalado en el artículo, pero también con que hay una serie de principios generales del derecho y del derecho de la función pública, que pueden ser extraíbles de la Constitución que han de ser incluidos en las leyes específicas del personal que comprende este artículo 4.

De otro lado, tomando como ejemplo más claro, el de los funcionarios de las Cortes y de las Asambleas legislativas, respecto de la opción de aplicación o no de las disposiciones del estatuto, creo que no existe impedimento material para que se pudiera adoptar en el propio Estatuto, pues es el propio poder legislativo el que decide. En el caso de la Comunidad Autónoma Valenciana, su actual Ley de la Función Pública, es de aplicación a las Cortes Valencianas, lo que fue fruto de una importante discusión política y valoraciones respecto de si se afectaba a la independencia o autonomía de la organización y si nos encontrábamos en el mismo caso de las Cortes españolas o no; es decir, de si las Cortes Valencianas son un poder equivalente al legislativo estatal o no. Lo cierto es que en la fecha de la aprobación de la citada ley valenciana y en la actualidad también, el Estatuto de la Comunidad

Valenciana al regular sus Cortes hace referencia a la *potestad legislativa* que, *dentro de la Comunidad Valenciana, corresponde a Les Corts*. No se hace referencia a un poder propiamente dicho.

Este ejemplo, provoca también la reflexión respecto a la inclusión en la Ley estatal o estatuto del empleado público de la decisión de considerar que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas o sus órganos Estatutarios han de tener su legislación específica, que es el resultado de la redacción del artículo 4. ¿No supone ello una intervención en la autonomía organizativa de cada Comunidad Autónoma y una inducción a regular la función pública de estos órganos de modo separado a la Ley correspondiente en la materia? En el caso valenciano ¿no puede resucitar la polémica habida en los años 1984 y 1985? Respetuoso el Estatuto, pues, en tantos aspectos, y hasta el exceso, con las potestades de las Comunidades Autónomas, en cambio, aquí se olvida y presupone que su voluntad es la de establecer una legislación específica e, incluso, la de decidir si aplican o no sus bases, cuando sí que obliga a la organización ejecutiva de dichas Comunidades Autónomas. Late, pues, la consideración clara de considerar a las Asambleas legislativas como verdaderos poderes; por tanto, surge de inmediato la pregunta, ¿cuenta ya el Estatuto con un cambio en el modelo del Estado español? ¿Han pesado las posturas de las Comunidades Autónomas vasca y catalana?⁴

⁴ En la publicación **Jornadas de estudio sobre la Administración y Función pública en el Estado Autonomómico**, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati 1986, consta mi ponencia “*Génesis y problemática de la función pública valenciana*” y en la página 86 se comenta la tendencia a una función pública única y la inclusión de los funcionarios de las Cortes Valencianas; pero, también consta una Comunicación los Letrados de dichas Cortes: Lluís Aguiló Lucia, Julia Sevilla Merino y Francisco J. Visiedo Mazón, con el título *Autonomía parlamentaria y función pública: el caso valenciano*, que muestra el debate interno que planteó la decisión de un régimen común comprensivo de los funcionarios de las Cortes Valencianas y que aún, con posterioridad requirió de algún dictamen jurídico que avalará la posibilidad y legalidad del caso, ya que eran las mismas Cortes las que decidían. Lo que en verdad estaba en juego era la relación de fuerzas y voluntad del Partido en el poder y de la Presidencia de la Comunidad Valenciana, frente a la concepción de las Cortes Valencianas como poder independiente o no.

De otro lado, estos regimenes especiales en materia de funcionarios públicos constituyen, en realidad, verdaderos privilegios para los mismos y excepciones que les permiten bien imponer sus intereses bien negociar en un ámbito menos conflictivo que el general de una Administración pública territorial, sus retribuciones, jornada, incompatibilidades, etc. El estudioso interesado si observa estas normas específicas verá que los conceptos y reglas organizativas básicas en las materias de retribuciones, por ejemplo, no cambian sustancialmente, lo que evidentemente pueden cambiar es el importe de las mismas.

Los únicos límites reales existentes al hecho de que una Ley como la que comentamos aborde o comprenda reglas de aplicación común y directa al personal reflejado en el artículo 4, lo son bien por su complejidad bien por razones formales, al ser en muchos casos la regulación específica una Ley Orgánica, pero lo cierto en todo caso es que son las Cortes españolas las que deciden la regulación correspondiente, aun cuando se trate del Poder judicial.

Artículo 5: *Personal de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos.*

El personal funcionario de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en este estatuto.

Su personal laboral se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

El artículo es otro ejemplo de la dispersión normativa que continúa, pero promueve a otras consideraciones en relación con el alcance del artículo 2 del Estatuto, primero por la expresión utilizada en los últimos años de Administración General del Estado frente a la más

amplia anterior de Administración del Estado, que obliga a distinguir siempre a los Organismos públicos (organismos autónomos, entidades públicas empresariales y agencias estatales), pero sobre todo que no se refiere a las sociedades estatales o de titularidad pública, si bien debe entenderse, como ya se ha dicho, que se encuentran comprendidas en el número 5 del citado artículo. ¿Por qué entonces la singularización de la de Correos y Telégrafos? La verdad es que el legislador parece empeñado en dejar en evidencia el incumplimiento de lo reflejado en la Exposición de motivos respecto de la refundición de textos existentes y, en especial, de la uniformidad en los contenidos básicos de los funcionarios de determinados entes, sobre todo de los conformados y regidos por el derecho privado, que a través de estatutos singulares pueden distinguirse del resto excepcionando para sí las normas generales y adquiriendo determinados privilegios.

Artículo 6: *Leyes de Función Pública.*

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.

El artículo confirma el carácter de las bases del artículo 149 y la diferencia con una Ley de bases a desarrollar por Decreto legislativo, sobre todo por lo que se refiere a la Administración del Estado, que también desarrollará el Estatuto mediante norma con rango de ley. Por tanto, respecto del Estado no se ha querido utilizar el Estatuto como su propia y única ley, acudiendo al sistema de considerar unos preceptos como básicos y otros como aplicables únicamente a su Administración,

tal como hizo la Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública.

Artículo 7: Normativa aplicable al personal laboral.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan.

Plantea el artículo alguna cuestión sobre la prevalencia de una normativa u otra en caso de conflicto y sobre todo abunda en la cuestión que venimos resaltando en estos comentarios, respecto de la distinción entre las cuestiones que corresponden a la estructura y organización de las Administraciones públicas y aquellas que afectan a derechos y relaciones jurídicas del personal respecto de la Administración correspondiente. Puesto que las primeras se desarrollan en el ámbito de las potestades públicas, pero también deben de estar justificadas, sin que puedan ser arbitrarias. Todo un mundo, en el que jurídicamente juegan principios generales muy importantes y conflictos que se resuelven ante los Tribunales de Justicia y mediante interpretaciones no tanto de preceptos concretos sino del ordenamiento jurídico en su conjunto. Habrá que ver los artículos concretos que afecten a estos aspectos

3.- DEL TÍTULO II: CLASES DE PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Hay que destacar en este título la existencia de un subtítulo dedicado al personal directivo, figura nueva, según la Exposición de Motivos.

Artículo 8: Concepto y clases de empleados públicos.

1. *Son empleados públicos quienes desempeñan funciones retribuidas en las Administraciones Públicas al servicio de los intereses generales.*

2 *Los empleados públicos se clasifican en:*

a) *Funcionarios de carrera*

b) *Funcionarios interinos*

c) *Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal.*

d) *Personal eventual*

Este artículo, al depender de los conceptos y descripciones de cada una de las clases de empleados públicos, no puede suscitar muchos comentarios; en todo caso, el único punto susceptible de ello es el primero, al ofrecer una definición de los empleados públicos que puede provocar alguna crítica, por su amplitud y al depender de la idea de “funciones retribuidas”, pero que no reviste trascendencia al perfilarse o completarse, como hemos dicho, por las definiciones de cada clase de empleados.

Artículo 9: Funcionarios de carrera.

1. *Son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.*

2. *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.

Desde mi punto de vista, preocupado por la concepción y definición de las funciones públicas y de sus consecuencias en la estructura y funcionamiento de las Administraciones públicas, el artículo resulta muy importante. En realidad se ha limitado a reproducir las dos ideas que han presidido la concepción de los funcionarios en los últimos años. Una, la más simple, que no nos ofrece la idea de la función que se desarrolla por los funcionarios de carrera o por los funcionarios públicos en general, es la establecida en el punto 1, que recoge los elementos básicos de la relación de los funcionarios de carrera con la Administración pública: *nombramiento legal, profesionalidad, retribución y carácter permanente* de los servicios. A estos elementos se ha añadido el de la *relación estatutaria*.

La concepción es similar a la del artículo 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, que definía, hasta la entrada en vigor de este Estatuto que comentamos, a los funcionarios de carrera como “los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñen servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a las consignaciones de personal de los Presupuestos Generales del Estado”. Las similitudes son evidentes y las diferencias justificables como veremos.

Siguiendo el orden del artículo, el primer elemento a analizar es el de la referencia al *nombramiento legal*, que se constituye en el presupuesto de la relación entre el funcionario y la Administración, por razón de la expresión “en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración”, ya que evidencia que es el

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

nombramiento legal el que produce la mencionada vinculación y lleva a la relación estatutaria. La doctrina administrativista siempre ha distinguido al funcionario del simple trabajador o personal laboral partiendo de la diferencia entre el *nombramiento* como acto unilateral y el *contrato* como acuerdo de voluntades. Estas bases distintivas hoy resultan excesivamente simplistas, ya que ambos actos están previamente condicionados por una regulación legal pública y el contrato laboral no es completamente un ámbito de creación propia de los contratantes. Por tanto, la diferencia básica que resta es la que existe entre un acto administrativo unilateral y debido u obligado, cuando se cumplen una serie de requisitos previos (sobre todo el de la superación de un proceso selectivo ampliamente reglado), y el contrato como acuerdo de voluntades. Pero la realidad del proceso selectivo del personal laboral, según veremos en su momento, hace que la diferencia sea más formal que real, pues el carácter de públicos de los empleos matiza sustancialmente la diferencia, hasta restarle eficacia. El legislador ha sido incapaz de superar conceptos decimonónicos del empleo público, salvo que consideremos que el nombramiento es una forma otorgadora de “legitimidad” al funcionario. Es decir, podemos considerar que el nombramiento se corresponde con el ejercicio de funciones públicas y potestades públicas y que al ser un acto de autoridades legitimadas políticamente es también un acto de legitimación para los funcionarios públicos en cuanto las ejercen o participan en ellas. Frente a ello el contrato es un simple negocio jurídico.

El segundo elemento es el de la *relación estatutaria*. La referencia realizada respecto de los funcionarios de carrera hace bueno mi comentario anterior respecto del personal estatutario de los Servicios de Salud, ya que entonces decía que el término “estatutario”, dada la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

titulación como Estatuto de la Ley, cabía que fuera utilizada también respecto de los funcionarios. El término estatutaria o estatutario no es ni mucho menos inadecuado, desde un punto de vista gramatical y jurídico, pero sigo insistiendo que se limita a la regulación de la relación entre sujetos. En este caso, pues, es correcta su utilización, pero pienso que no lo es para abarcar la totalidad de cuestiones que implica la Ley 7/2007 que es el Estatuto, verdadero régimen de la función pública profesional en general y su estructura y del personal al servicio de las Administraciones públicas. Pero el caso es que esta relación estatutaria, respecto de los funcionarios de carrera se vincula al Derecho administrativo y este es el tercer elemento definitorio, pero que sólo es claro, en su consecuencia, para los especialistas y no para el ciudadano corriente. Lo esencial de que la regulación se refiera a esta clase de Derecho tiene que ver con su propio concepto como tal, cuestión que supone que la actividad a regular se vincula esencialmente al ejercicio de potestades públicas e intereses generales, sin que debamos insistir más en el asunto, pues ello nos conduciría repetir aquí todas las razones y causas que implican la existencia del Derecho administrativo como tal.

El cuarto elemento descriptivo del concepto de funcionario de carrera es el desempeño de “servicios profesionales”, lo que según concepciones que puedan presentarse conlleva ciertas contradicciones o diferencias entre “función” y “profesión”, en las que no vamos a entrar por considerarlas inútiles, creyendo que al efecto nos basta con considerar que en este caso la ley se refiere tanto al que ejerce una profesión concreta como a aquel que realiza una actividad como profesional; es decir con plena dedicación y no como un aficionado, sino como verdadero experto. Cuestión que lleva implícitos los dos elementos siguientes de la definición: el carácter retribuido y permanente de los servicios. La profesionalidad implica dedicación

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

plena como hemos dicho y ello exige que se viva de la profesión por lo que siendo la actividad por cuenta ajena debe de ser retribuida por la parte que recibe el servicio, que en este caso es la Administración como organización que cumple con los intereses generales de los ciudadanos que son los verdaderos destinatarios finales de los servicios. Dedicación plena y experiencia profesional que debe de ser permanente para ser eficaz y también por exigencias de objetividad y garantía de imparcialidad conforme a lo dispuesto en el artículo 103.1 y 3 de la Constitución.

Respecto de la definición de funcionario de carrera de la Ley de 1964 se omiten, como ya hemos apuntado, los requisitos de que: “figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos o asignaciones *fijas*”. Estos requisitos para la condición de funcionario de carrera, que eran clarificadores en su día, no resultan, sin embargo, imprescindibles en la actualidad. Respecto del figurar en las plantillas, se puede decir que ya resultaba un poco innecesario en 1964, pues en la Ley de dicho año se configuraban las plantillas orgánicas y no se ocupaba de regular las que se denominaron por los estudiosos y analistas como plantillas de Cuerpo o las conocidas como plantillas presupuestarias. En realidad en las plantillas orgánicas reguladas por dicha Ley no figuran funcionarios propiamente dichos, sino puestos de trabajo, por lo que la definición en aquellos tiempos debía interpretarse como “que ocuparan puestos que figuraran en las plantillas correspondientes” lo que llevaba aparejado que contaran con dotaciones económicas. Todo ello sin perjuicio de que en la medida que persistieran las plantillas de Cuerpo, el funcionario, a través de los escalafones o en las relaciones que la propia Ley de 1964 preveía, resultara incluido en ellas.

Lo antedicho, principalmente la remisión de la relación al Derecho administrativo, conduce inevitablemente al contenido del punto 2 del artículo que es el objeto ahora de nuestra reflexión. Este punto constituye un buen reflejo de la concepción o definición que la Unión Europea mantiene respecto de los empleos públicos o de la Administración pública, que según el artículo 48. 4 del Tratado, no se sujetan al principio de la movilidad o libre circulación de los trabajadores⁵. A partir de la necesidad de determinar a qué empleos de la Administración pública no se les aplica dicho principio de movilidad y libre circulación, diversas sentencias y la Comunicación 88/C72/02 acaban configurando que dichos empleos son “aquellos en que se dan o existen actividades específicas de la Administración pública en tanto que está investida del ejercicio de la potestad pública y encargada de la salvaguarda o defensa de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas como las administraciones municipales”. En resumen, dicha idea se convierte en norma y España lo recoge en la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, derogada por el Estatuto, y en los Reales Decretos 800/1995 y 543/2001.

El artículo 9.2, basado pues en la concepción que inicia o concreta el derecho europeo, no parte de establecer los empleos excluidos de ocupación o desempeño por otros ciudadanos europeos no españoles, sino de un real concepto de las funciones públicas que quedan reservadas a los funcionarios públicos y lo hace sobre la base de la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de potestades públicas o en la citada salvaguarda de los citados intereses generales del Estado y de las Administraciones. Esta reserva el propio artículo la considera

⁵ El interesado en el tema puede ver mi libro *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*, p27 y ss. INAP, Colección Estudios, Madrid 2004, Así como el punto 6 A) del Capítulo II de mi obra, ya citada, *Juridicidad y organización en la Administración pública española*.

exclusiva a favor de los funcionarios públicos, lo que suscita diversas consideraciones.

La primera es que el funcionario público bien ejerce potestades públicas, bien es garantía de los intereses generales.

La segunda es que ambas funciones o su ejercicio, ámbito y límites, constituyen una referencia o aplicación del Derecho administrativo y constitucional, lo que conecta o justifica la regulación por el primero de la relación estatutaria.

La tercera es que si esta reserva a favor del funcionario público es *exclusiva*, podemos concluir que los cargos públicos en los que se cumple también con dichas funciones deberían estar reservados igualmente a favor de funcionarios públicos. Esta esfera de la estructura política debe funcionarizarse o tecnificarse, en consecuencia, para que constituyan la garantía que implica el ejercicio de funciones públicas.

En definitiva, si se analiza rigurosamente el citado punto 2 del artículo, se conecta con la regulación por el Derecho administrativo, queda sobrepasado el ámbito estatutario para acabar estableciendo reglas de estructuración de las Administraciones públicas y de condicionamiento en la configuración de sus cargos políticos en ellas. Por tanto, desde mi punto de vista, este punto encierra un límite y un mandato que implica que los puestos que no se configuran en la relaciones de puestos de trabajo como tales, sino que constituyen cargos políticos y públicos, en los que se ejerzan potestades públicas y se salvaguarden intereses generales deben reservarse a funcionarios públicos. La interpretación, por supuesto no va a ser aceptada, ya que no se limita a los Directores generales y otros cargos de carácter más o menos profesional, sino que alcanzaría incluso a Ministros y otros cargos máximos de las Administraciones públicas. Pero eso es lo que el legislador, desde mi punto de vista dice en el artículo 9.2, pues podía

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

haberse limitado a decir que “**los puestos de trabajo** en los que se ejerzan potestades públicas o se salvaguarden intereses generales se reservarán para funcionarios públicos”. Pero la realidad es que reserva el ***ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa*** en el ejercicio de las potestades públicas y no sólo la participación indirecta y aquélla también es, y con carácter titular y preferente, competencia de cargos políticos. Es decir, la reserva no se limita a la participación indirecta en el ejercicio de potestades públicas que es lo propio de los funcionarios, pues lo normal que sus potestades se ejerzan ad intra o en el seno de un procedimiento administrativo, mientras que los cargos públicos, que son los que dictan las resoluciones y actos administrativos, participan directamente en el ejercicio de potestades públicas que afectan a directamente a los ciudadanos. El inciso final del artículo 9.2 deja, sin embargo, dicha reserva, a los términos que la ley de desarrollo que cada Administración establezca, y ello nos ayudará a conocer la real o final intención de una mayor o menor profesionalización o politización de las Administraciones públicas y de la estructura que, en el fondo, se reserva a los miembros de partido de turno o a los fieles a las políticas públicas del Gobierno correspondiente⁶. Pero la interpretación literal y gramatical primera del artículo estimo que es la que aquí se ha realizado. Tampoco debe olvidarse que la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, en su artículo 6.10 nos dice que “los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia en la forma establecida en esta Ley...” y que ésta, para los Subsecretarios,

⁶ La reciente estructuración ministerial realizada en la segunda legislación del presidente Sr. Rodríguez Zapatero a eximido en algunas Direcciones Generales de la necesidad de ser cubiertas por funcionarios públicos. Algunas tan significativas desde el punto de vista de la denominada potestad organizatoria como la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos en el Ministerio de Administraciones Públicas, materia de siempre prácticamente reservada a funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores Generales del Estado.

Secretarios generales técnicos y Directores generales, establece que el nombramiento se hará “entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.” Existe, pues, en el Estado una reserva a favor de funcionarios de carrera en estos cargos que son políticos, que se realiza al amparo del artículo 23.2 de la Constitución que deja a la ley la determinación de los requisitos para acceder a funciones y cargos públicos.

Pero, aún es posible destacar que la existencia de los dos puntos del artículo 9, supone una concepción de los funcionarios de carrera que no excluye como tales a los que no ejerzan potestades públicas o la salvaguarda de los intereses generales de la Administración correspondiente, sino que cabe en el concepto otro personal que desempeñe servicios profesionales que supongan una relación regulada por el Derecho administrativo, cuestión que debe relacionarse con la estructuración del empleo público que la misma Ley establece. De todas formas es difícil que ante cualquier profesión ejercida en las Administraciones públicas no pueda alegarse que ello suponga una salvaguarda de intereses generales

Artículo 10: *Funcionarios interinos.*

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.*

d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis, meses, dentro de un período de doce meses.

2. La selección de funcionarios interinos habrá de realizarse por procedimientos ágiles que respetarán en todo caso los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

3. 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.

4. En el supuesto previsto en la letra a del apartado 1 de este artículo, las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos 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.

5. A los funcionarios interinos les será aplicable, en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.

El artículo que se acaba de exponer, se desenvuelve dentro de los límites tradicionales de la configuración de los funcionarios interinos y mejora la situación creada a raíz de la Ley 23/1988, de 28 de julio, que modificó la Ley 30/1984. El artículo precisa de un desarrollo en algunos aspectos que afectan a verdaderos problemas de la gestión de la función pública, sobre todo por lo que respecta al punto 2 y que comentaremos con el mayor detalle posible. El artículo también es ejemplo de cómo lo básico puede obligar a un detalle minucioso de circunstancias para hacer uniforme la actividad de las Administraciones públicas, en cuanto pueda afectar a verdaderos derechos o intereses públicos a proteger. Podemos decir que el artículo es un verdadero precepto y que no establece simplemente reglas o principios, como otros, y contrasta por ello y

todavía más con aquellos artículos que ni siquiera establecen una regla sino que desregulan plenamente algunas materias para dejarlas al arbitrio de cada Comunidad Autónoma.

Lo primero a analizar es la definición del funcionario interino que contiene el punto 1 del artículo. En ella hay que destacar que el funcionario interino es nombrado para el desempeño de funciones propias del funcionario de carrera, lo que implica que puede desempeñar funciones públicas en su sentido estricto de ejercicio de potestades públicas y de salvaguarda de intereses públicos o generales y que el nombramiento se realiza por razones de necesidad y urgencia que deben justificarse expresamente y siempre que se den las circunstancias que el propio artículo señala.

Por tanto, creo que al analizar la letra del artículo puede considerarse que los nombramientos interinos sólo corresponden en casos de necesidad y urgencia que han de quedar manifiestas, fundamentadas y motivadas. En este caso, pues, es posible que se dé alguna de las circunstancias previstas para que se realicen los nombramientos pero también que, por quien debe decidir, no se considere la existencia de una urgencia y necesidad y, por tanto, el nombramiento no se produzca. Encierra este diseño legal un principio de racionalidad y de aprovechamiento de los recursos de que se dispone y, en todo caso, de restricción del gasto público. Pero, en la práctica, es de difícil realización, ya que implica una organización muy dedicada a la observación de sí misma y de su funcionamiento y, básicamente, una discusión con quien solicita el nombramiento sobre la urgencia y necesidad del mismo. De otro, lado, si no se considera necesario y urgente el nombramiento resulta que la estructura, organización y funcionamiento del órgano correspondiente y el puesto de trabajo concreto se están poniendo en duda y cabe plantear su modificación.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Como se comprenderá, si la Administración no está organizada en este sentido de eficacia y eficiencia y buena administración de sus recursos, la situación deriva en un proceso de intervención sobre el órgano afectado e, incluso, de relaciones o controversias de sus superiores con el órgano de control y con el encargado del nombramiento, por lo que lo más sencillo es proceder a éste siempre que se producen las circunstancias previstas en el punto 1 del artículo. La realidad final, pues, es que la necesidad y urgencia dejan de ser examinadas, salvo que razones imperiosas de gasto público lo aconsejen y, aún así, la aplicación suele afectar a la organización con menos poder interno.

Otra cuestión, ya apuntada, es la que determina que ya no se produzca la situación que establecía el artículo 15 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, según la redacción que le otorgó la Ley 23/1988, al obligar el Tribunal Constitucional mediante Sentencia de 11 de junio de 1987 a que el legislador determinara los puestos de trabajo que debían ser desempeñados por funcionarios públicos y los que podían serlo por personal laboral, en cuya virtud el citado artículo 15, sin distinguir el ejercicio de funciones públicas, determinó que podían desempeñarse por personal laboral: *los puestos de naturaleza no permanente y aquéllos cuyas actividades se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo*. La referencia actual de Estatuto que comprende las circunstancias de programas de carácter temporal, la sustitución transitoria de los titulares y el exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, modifica claramente la situación y, con la reserva que realiza el artículo 9.2, en ninguna circunstancia es posible que personal laboral ejerza funciones públicas. Lo que no quiere decir que no sigan existiendo problemas o que determinados puntos del

artículo 15 de la Ley 30/1984 no sigan siendo aplicables en el desarrollo de Estatuto, como veremos al analizar el artículo 11 del mismo.

Lo que tampoco resulta posible ya es el caso regulado por el repetido artículo 15 de la Ley 30/1984, reformado, cuando preveía el desempeño por personal laboral en *los puestos correspondientes a áreas de actividades que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tengan la preparación específica necesaria para su desempeño*. Y ello, por la razón de que previamente hay que analizar si dichas actividades suponen el ejercicio de potestades públicas o de garantías en defensa de intereses generales, pues, en dicho caso, si la Administración correspondiente se organiza en Cuerpos o escalas tendrá que crear el cuerpo o escala correspondiente a la actividad.

Otro punto a comentar, de este primero del artículo 10, es el que se refiere a la procedencia del nombramiento de funcionarios interinos en el caso de existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. Circunstancia que queda matizada por la referencia a “plazas” y no a puestos que realiza el artículo y por la imposibilidad de la cobertura por funcionarios de carrera de la vacante. Ambos matices hay que entenderlos íntimamente conectados, pero empezaremos por el segundo que es el verdaderamente importante, ya que el primero conecta más con el punto 4 del artículo. Ante la posibilidad de que la legislación de desarrollo regule los nombramientos provisionales o comisiones de servicio o determinados casos de movilidad previstos en la Ley, por los que funcionarios de carrera pasen a desempeñar puestos vacantes hasta que se cubran por los procedimientos definitivos, resulta que el nombramiento interino no se produce realmente en el puesto concreto vacante, pues se traslada al puesto que queda en verdad desocupado después de un proceso de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

nombramientos provisionales entre funcionarios de carrera. De este modo, resulta que no se cubre el puesto vacante sino una plaza correspondiente al Cuerpo o grupo de funcionarios de que se trate. Lo importante, pues, no es el concepto de plaza, sino que en realidad siempre existen medios o procedimientos o intereses que hacen que la vacante pueda ser cubierta por otro funcionario de carrera y que el nombramiento interino no se producirá finalmente en el puesto realmente vacante sino en otro y que es en este otro en donde acabaría valorándose la urgencia y necesidad. Todo ello salvo, como es natural que se entienda que no hace falta el nombramiento y que las tareas del puesto vacante pueden repartirse y acumularse temporalmente a otros puestos.

De otro lado, el sistema señalado de provisionalidades hace que los puestos mejor retribuidos y, lógicamente, de mayor responsabilidad y exigencia en preparación se cubran por funcionarios de carrera, aunque sea temporalmente y que el interino sea nombrado en puestos no queridos por los de carrera y, en principio de menor responsabilidad. Pero el sistema de nombramientos provisionales puede estar o no regulado y tiene sus propios problemas, que habremos de abordar al analizar la provisión de puestos de trabajo y la movilidad, lo importante ahora es resaltar que sea cual sea la forma en que se realicen los nombramientos o sistemas de acceso provisional de funcionarios de carrera a los puestos vacantes, si se producen, también se produce un sistema en el que el funcionario interino desempeña puestos más en consonancia con su condición. Salvo que los cargos políticos prefieran cubrir los puestos con interinos y prescindan de otras formas de provisión temporal por funcionarios de carrera.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Por último, queda sin aclarar qué ocurre en el caso de que la acumulación de tareas o su exceso, supere el plazo máximo de seis meses que señala el artículo 10.1 d), sobre todo en cuanto la actividad correspondiente siempre es de las reguladas en el artículo 9. En estos casos hay que estimar que las tareas deben seguir desempeñándose y que el nombramiento interino sigue siendo el sistema idóneo. Es lógico que el legislador pretenda que el exceso o acumulación de tareas tenga sólo un carácter temporal y que si excede del tiempo deba producirse el consiguiente incremento de plantilla o de puestos en el órgano administrativo. Pero la realidad nos puede ofrecer situaciones por las que no se produzcan nuevas dotaciones en el tiempo señalado, o que no se provean las nuevas vacantes por personal de carrera o que incluso sea más conveniente que se alargue el nombramiento del interino que venía desarrollando la tarea hasta que se produzca el sistema definitivo de provisión de vacantes antes que producir cambios. Pero al finalizar el análisis del artículo 9 quedaba abierta la cuestión de que no sólo son funcionarios de carrera los que participan en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, sino que es posible que el Derecho administrativo regule como tales a otros profesionales, en estos casos sí sería posible que el exceso de seis meses en el período de doce permitiera teóricamente acudir a nombramientos regulados por el derecho laboral, como se preveía en el artículo 15 reformado de la Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, sin embargo ello no deja de ser una pura cuestión teórica y formal carente de sentido práctico, pues la continuidad de quién desempeñaba el puesto antes de exceder el tiempo señalado deviene lógica y el cambio de su relación jurídica absurdo, aunque tenga justificaciones formales y, en su caso, presupuestarias.

Como vemos, pues, los procedimientos de gestión de personal matizan el sistema y nos obligan a desarrollar adecuadamente los sistemas de provisión de puestos de trabajo, sin que prevalezcan intereses burocráticos sobre la debida eficacia del sistema. La interinidad en todo caso debe ser breve y los sistemas de provisión eficaces, pero ello será analizado en su momento.

El **punto 2** del artículo 10 aplica a la selección de funcionarios interinos los principios generales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, pero conectados a la realización de la selección mediante procedimientos ágiles.

Este punto nos evidencia la evolución que ha sufrido el nombramiento de los funcionarios interinos, el cual, salvo en casos de cuerpos o sectores con gran número de efectivos, como el magisterio o profesorado del primer nivel educativo o como el personal sanitario, se realizaba con un gran margen de discrecionalidad, pues la cuestión principal era que la persona a nombrar cumpliera los requisitos básicos del puesto, en especial el de la titulación correspondiente. Situación que permitía que el nombramiento se realizara por razones y criterios ajenos a los principios de publicidad, mérito e igualdad. Por ejemplo, en la Ley de Funcionarios del Estado del 7 de abril de 1964, los funcionarios interinos venían incluidos en el concepto más general de *funcionarios de empleo*, incluyente de los funcionarios eventuales, que se caracterizaban por su temporalidad, frente al carácter permanente de los funcionarios de carrera, y en cuanto a su nombramiento el artículo 102 decía que “podrán ser nombrados y separados libremente sin más requisitos que los establecidos, en su caso, por disposiciones especiales.” Y en el artículo 104, tras prever que para el nombramiento de funcionarios interinos era condición inexcusable que no fuera posible, con la urgencia

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

exigida por las circunstancias, la prestación del servicio por funcionarios de carrera, exigía que recayese “en personas que reúnan las condiciones exigidas para el ingreso en el Cuerpo a que pertenezca el puesto de trabajo”. No se establecía, salvo en el caso de disposiciones especiales, procedimiento para dichos nombramientos.

Más adelante en desarrollo de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo que regula el ingreso y la provisión de puestos de trabajo, en su artículo 27, se ocupa de la selección y nombramiento del personal interino, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad y atribuye la competencia al Subsecretario del Departamento al que pertenezca el Cuerpo o escala correspondiente o al Director general de la Función Pública en los dependientes de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, y mantiene la agilidad en el procedimiento, la reunión de los requisitos generales de titulación y demás exigidos para participar en las pruebas de ingreso en los Cuerpos y escalas correspondientes y la aplicación supletoria de la normativa de selección de los funcionarios de carrera. Este precepto se ve afectado en cuanto ahora se añaden los principios de igualdad y publicidad, por lo que el sistema se complica. La solución habitual que ha acabado produciéndose es la creación, mediante convocatorias públicas de las denominadas “bolsas de trabajo” con baremaciones de méritos que establecen un orden a efectos de los nombramientos y con señalamiento de las preferencias de destino por parte de los aspirantes. Este sistema es equivalente al que, en su día, se establecía, por ejemplo, en el Estatuto del Magisterio de 24 de octubre de 1947, cuyo artículo 81 me permito transcribir a efectos ilustrativos; el cual tras referirse a los maestros en expectativa de destino, que pudieran existir a efectos de la provisión de vacantes, decía: *Si se diese la circunstancia de que se agotase el número*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

de Maestros comprendidos en el punto anterior, las escuelas se atenderán interinamente, para lo cual será formada una lista en cada provincia, que encabezarán los Maestros nacionales que se encuentren en situación de excedencia voluntaria, que lo soliciten, seguidos de los Maestros de Enseñanza Primaria ordenados por el tiempo de servicios interinos. Los que carezcan de dichos servicios se ordenarán a continuación por la mayor antigüedad en la terminación de los estudios del Magisterio. La convocatoria que se realizará por la Permanente del Consejo Provincial, exigirá los documentos que acrediten conducta intachable en todos los aspectos, carecer de antecedentes penales y no padecer tuberculosis, enfermedad contagiosa, ni defecto físico que le imposibilite para el ejercicio de la profesión; se remitirá al Ministerio para su aprobación, la lista de aspirantes. En la misma forma se procederá al agotarse los dos tercios de la anterior. Vemos, pues, como en los cuerpos funcionariales, en los que por su número y función, se producían muchas vacantes de necesaria cobertura se establecieron siempre sistemas de provisión interina, que atendían a criterios racionales y de mérito y con publicidad. Pero el sistema no se producía en el caso de los cuerpos generales, en donde la discrecionalidad fue siempre mayor; hoy el sistema se generaliza, pero los problemas de gestión siempre se producen en los sectores y grupos funcionariales con mayor número de efectivos.

Pero aún existen cuestiones alrededor de este punto a considerar, pues hay que tener en cuenta que es habitual en la actualidad que las Administraciones públicas no acudan sólo a nombramientos interinos para solucionar actuaciones de carácter temporal, sino que ante la limitación impuesta por las Leyes de Presupuestos respecto de los nombramientos interinos, reduciéndolos a la denominada “tasa de reposición”, y ante necesidades que no se corresponden con la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

existencia de vacantes propiamente dichas o con las incluidas en dicha tasa, han acudido a la fórmula de los contratos administrativos bien de consultoría y asistencia o bien de servicios, mediante los cuales empresas privadas con personal con contratos por obra determinada realizan trabajos necesarios en la Administración que no pueden cubrir mediante interinidades o también simples personas acuden a convocatorias de concurso para contratos de la naturaleza señalada. Es normal que dichos contratos duren bastante y en el caso de las empresas cambien las adjudicatarias en siguientes convocatorias, pero continúen las mismas personas contratadas por ellas, que en realidad obedecen instrucciones y órdenes del órgano administrativo correspondiente; de este modo se acaba creando un vínculo relacional que suele acabar, buena parte de las veces, directamente en contratos laborales por la Administración o en la creación de puestos de trabajo y nombramientos interinos a favor de las personas que vienen desarrollando el trabajo con anterioridad y bajo las fórmulas señaladas. También dan lugar, en el caso de contratos con personas físicas, si éstas acceden a la condición de funcionarios de carrera, a reclamaciones de reconocimiento de servicios prestados a efectos de carrera y trienios; cosa lógica, por justicia y, sobre todo, porque la realidad es que se han encubierto verdaderos nombramientos de personal. El proceso que tiene su lógica y racionalidad, en cambio no se ajusta a los principios que recoge el artículo 10.2.

La realidad nos muestra cómo siendo el ahorro de gasto público el objetivo de la restricción en los nombramientos interinos, la Administración encuentra caminos para proceder a cubrir las necesidades que alega tener, sin que funcionen verdaderos mecanismos de control de la necesidad y del gasto, porque ello conlleva la creación de una organización al efecto, que debe depender del máximo

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

responsable de la Administración consiguiente y no de un órgano del mismo nivel o inferior que los restantes, pues en dicho caso el único límite real es la carencia de crédito presupuestario. Pero establecer esta organización significa la existencia de una verdadera política pública respecto de la Administración pública y de su personal y la preponderancia de los departamentos denominados como horizontales y la implicación de las Presidencias de cada Gobierno y Administración en el problema. Ese poder sobre la organización acaba siendo poder político y ello siempre conlleva problemas y conflictividad, de ahí que, finalmente, sólo los departamentos de Hacienda cumplen parte de un papel tan imprescindible.

El **punto 3** del artículo no plantea muchas cuestiones que comentar, salvo su remisión al artículo 63 del Estatuto que se refiere a la pérdida de la relación de servicio del funcionario de carrera y, en especial, el hecho de que hoy el cese ya no es posible con el carácter libre y discrecional que la legislación anterior determinaba, sino por la finalización de la causa que dio lugar al nombramiento. Sin embargo, la remisión al artículo 63 debe entenderse realizada en los términos que el punto 5 del artículo 10 que comentamos establece; es decir, en cuanto sea adecuado a la naturaleza y condición de interino del funcionario, sobre todo por lo que se refiere, por ejemplo, a la sanción firme de separación del servicio, principalmente si tenemos en cuenta la figura de la suspensión de funciones o si pensamos en el desarrollo que puede tener el artículo 20 del Estatuto referido a la evaluación de desempeño, de aplicación también al funcionario interino y que puede suponer, por su condición, su cese.

Se ha avanzado, pues, y es de destacar que ya no es posible la aplicación de sistemas, nacidos de propuestas sindicales, tan aberrantes,

en mi criterio, como algunos establecidos por los que se cesaba, por ejemplo, al interino una vez transcurrido el tiempo en el que era obligatorio sacar la vacante a oferta, aunque ésta no se ofertase, para nombrar otro en su lugar, con un posible doble perjuicio: el cierto del cesado y el de la organización que veía cambiado el sujeto que ya conocía las tareas a realizar y las realizaba a satisfacción, por otro sin la misma experiencia y a enseñar o formar. En el orden social y respecto de personal médico la jurisprudencia se mostró contraria a estos ceses en atención a las personas que el médico trataba.

El **punto cuatro**, es importante en cuanto, en primer lugar, depende del término de *plazas* que utiliza; en segundo por su conexión con el punto 1 a) y en tercero por su dependencia del sistema de oferta de empleo público y del de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de carrera; esta última conexión no la muestra el artículo y como veremos tampoco se realiza con mucha claridad en el texto legal.

La medida adoptada por el artículo 10.4 es racional en cuanto a que si existen vacantes éstas han de ser cubiertas o provistas, en primer lugar por personal de carrera, puesto que el punto 1 a) del artículo se refiere a *las plazas vacantes cuando no puedan ser cubiertas por funcionarios de carrera*. Por ello, en este punto 4 sí que cobra importancia el término *plazas*, en cuanto ya hemos visto que es posible que la vacante real no sea cubierta por el interino, sino aquella temporal que deja el funcionario de carrera, si pasa a ocupar la real por un sistema provisional y rápido de provisión en tanto la vacante sale al sistema de provisión definitiva. Ello implica que, en todo caso, cualquier puesto de trabajo vacante ha de ser ofrecido a los funcionarios de carrera antes, al menos, de salir a la oferta de empleo público. El artículo al referirse a plazas evita los inconvenientes que se pueden plantear si se hubiere referido a puestos de trabajo, ya que dice que *las plazas desempeñadas*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente... Estos inconvenientes son obvios si se refiriera a puestos de trabajo o se confundieran éstos con el concepto “plazas”, por las siguientes razones: La primera, por ejemplo, por la razón de que cualquier vacante producida, en tanto no se haya ofrecido a los funcionarios de carrera, es susceptible de ser cubierta por ellos; por tanto si el interino cubre el puesto de trabajo vacante, éste no es en principio el que será o deba ser objeto de oferta pública de empleo. Las vacantes que pueden ser objeto de oferta son las denominadas *desiertas*, es decir aquellas que no han sido queridas por los funcionarios de carrera por los sistemas de provisión definitiva de vacantes, que son el concurso y la libre designación. De ahí que hayamos señalado la conexión con el sistema de provisión de puestos de trabajo que el artículo no evidencia. Pero no es el momento de analizar anticipadamente los problemas de gestión que dicho sistema plantea.

Lo que interesa destacar es que sólo las vacantes desiertas son las susceptibles de salir a oferta porque ellas son las *plazas* que no pueden ser cubiertas por los funcionarios de carrera, pero que son desconocidas en cuanto a los puestos que comprenden en el momento de proceder a los nombramientos de los interinos, pues hay que seguir previamente los procedimientos de provisión. En realidad sólo se conoce el número de plazas que podrán ser ofertadas a ingreso en la Administración pública correspondiente, no los puestos concretos. Por todo ello, la obligación señalada en el propio artículo respecto al *ejercicio* en que deben ofertarse las plazas está matizada respecto al que deben incluirse, permitiendo que pueda ser en el siguiente al que se produce el nombramiento interino.

El artículo tiene, pues, repetimos, una clara conexión con el sistema de provisión de puestos de trabajo y su buen funcionamiento y se refiere al supuesto a) de su número 1 porque el resto de supuestos no se refieren realmente a vacantes, sino a necesidades temporales. Técnicamente el artículo en este punto 4 es mejorable y en realidad afecta a la oferta de empleo público y a las plazas que pueden ser objeto de la misma, por lo que se empieza a evidenciar aquí un defecto expositivo del Estatuto, al tratar asuntos complejos, conexos con otras cuestiones, en puntos que, inicialmente son meramente descriptivos, en este caso cuando se trata de definir solamente las clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. El artículo 10.4 no se ocupa simplemente de ello, sino que se adentra en el sistema de provisión de las vacantes por el personal interino y en la oferta de empleo, de forma desconectada con el sistema general de provisión y con el de acceso, ingreso u oferta de empleo público. Quizá la cuestión del punto 4 debió tratarse en relación a dicha oferta, sin perjuicio de la regulación de los tiempos de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, en especial de los concursos. En su momento veremos que el artículo 70 regulador de la oferta no realiza una conexión directa con éste artículo.

Por lo que respecta al **punto 5**, inicialmente, no presenta problemas, sin embargo lo que es adecuado o no, del régimen de los funcionarios de carrera, a la naturaleza del interino, no resulta carente de ellos, sobre todo si atendemos al desarrollo histórico de la figura y recordamos, por ejemplo, que los interinos sólo tuvieron derecho a un porcentaje de las retribuciones complementarias o que hasta fecha muy reciente no se les ha reconocido el derecho a trienios. En cuanto a esto último, por ejemplo, La Ley de la Función Pública valenciana, 10/1995, en su artículo 52 referido al sistema retributivo, en su punto 5 estableció

que la cuantía de las retribuciones del funcionario interino será la misma que para los funcionarios del mismo grupo, a igual puesto de trabajo y antigüedad. Como colaborador y autor del borrador de la Ley, puedo decir que la referencia a igual puesto de trabajo tenía la finalidad de que el funcionario interino percibiera las retribuciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñara, en las mismas condiciones que el funcionario de carrera, y la referencia a la antigüedad tenía como finalidad considerar su derecho a percibir trienios en el caso de que cumpliera el número de años de servicio correspondientes. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que en el primer caso reconoció los trienios a un funcionario interino, en posteriores sentencias no lo consideró así, sobre la base de que la antigüedad sólo era propia de los funcionarios de carrera. Como vemos la poca claridad en la redacción del precepto y un restringido concepto de la antigüedad vació de contenido el artículo respecto de los trienios, hoy ya reconocidos como derecho.

La naturaleza del interino no supone ninguna objeción a considerar, si presta tres años de servicio interino, que dicho tiempo le sea retribuido como al personal de carrera. Los problemas pueden surgir de la calidad de su preparación técnica y calidad del trabajo realizado, que puede ser distinta de las del personal de carrera, al no haber preparado unas oposiciones o no haberlas superado, pero que no hay que atribuir a la naturaleza de la figura, sino que debe considerarse desde el punto de vista de la gestión de personal y de la evaluación de su rendimiento. En este caso, cuando el funcionario interino no cubre todas las necesidades, funciones, tareas y responsabilidades del puesto, existe realmente un problema, pues el puesto de trabajo varía en su contenido y resultados y cabe que se arbitren soluciones temporales, pero la cuestión no es diferente que la que se da cuando un funcionario de carrera no

cumple las expectativas de un puesto de trabajo tal como su clasificación y las relaciones de puestos de trabajo establecen. El establecimiento en dichos casos respecto de los interinos de unas retribuciones complementarias rebajadas con carácter general y normativamente puede resultar injusto considerado individualmente. El estatuto sólo establece una consecuencia retributiva en su artículo 25.1 en relación con el 24 de las retribuciones complementarias, ya que no les reconoce la aplicación del primer factor conformador de dichas retribuciones: la progresión en la carrera administrativa. En su momento se analizará la cuestión.

Por todo ello, nos encontramos en un punto que afecta a la gestión de personal y al mantenimiento del rendimiento previsto de la estructura orgánica y de puestos y no propiamente a la naturaleza del interino, si bien ésta puede implicar de inicio un rendimiento menor que el de un funcionario de carrera, que puede ser objeto de consideración legal, pero que siempre supone problemas de gestión. Lo que no cabe duda es que el funcionario interino no tiene derecho a la permanencia, más que en los términos que la propia ley señale, y que nunca puede quedar en la situación de excedente u otras similares que dependan de la condición de funcionario de carrera o sean inherentes a la misma.

Artículo 11: *Personal laboral*

1. Es personal laboral el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto establecerán los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 9.2.

Trataremos este artículo en su conjunto y estimo que la primera consideración a realizar es que en realidad no define al personal laboral, sino que la figura sólo puede determinarse partiendo de la del funcionario de carrera y precisamente atendiendo al artículo 9.2. Cabe preguntarse si el artículo realmente no supone un incumplimiento por parte del legislador estatal de su obligación de definir a este personal y si los criterios para determinar los puestos de trabajo que corresponden a este personal no son precisamente los que deben definirlo y constituyen una base de las comprendidas en el artículo 149.1.18ª.

El problema, pues, se traslada a cada Comunidad Autónoma que tiene que adoptar los criterios correspondientes con referencia a los puestos de trabajo y en realidad concretando la figura y puede darse la situación de que los criterios difieran de unas a otras. Al no definir el legislador estatal, los criterios adoptados por el legislador autonómico, en caso de conflicto, acabarán siendo contrastados con el artículo 9.2 y, en definitiva, con el hecho de si la actividad que se desarrolle en el puesto de trabajo calificado como propio de personal laboral participa directa o indirectamente en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales correspondientes, concepto éste mucho más vago y abstracto que el las potestades públicas. El experto en la materia no puede olvidar las situaciones producidas al amparo de las regulaciones anteriores que han derivado en procesos de funcionarización de casi todo el personal laboral, partiendo de la reclasificación de los puestos de trabajo como funcionariales. La

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

pretendida laboralización de los años 1980 ha acabado en dichos procesos de funcionarización.

La amplitud del concepto de “salvaguada de los intereses generales” y la participación indirecta en la misma y el sistema de movilidad legal que más adelante analizaremos, hace, desde mi punto de vista, que a la hora de determinar o calificar el personal laboral se contemple no la función y el puesto de trabajo de modo aislado, sino que la atención se tenga que poner en el conjunto de la organización correspondiente, en los procedimientos administrativos y en la relación del puesto de trabajo con los restantes. Este punto de vista global y el punto 1 del artículo 9 que ya hemos comentado que permite que muchos puestos profesionales sean sometidos o remitidos a una organización corporativa regulada por el Derecho administrativo, estimo que convierte en menos arriesgadas las decisiones a favor de la funcionarización que las tendentes a la laboralización.

Además hay que pensar, sobre todo en los puestos equivalentes a profesiones, preferentemente a las facultativas, como pueda ser la de un arquitecto al servicio de una Administración pública, sí es posible atender a que, por ejemplo, en su puesto sólo contribuya a la realización de proyectos de obra o que sólo informe sobre la situación física de establecimientos a efectos del otorgamiento de licencias, considerando el puesto de trabajo en el primer caso como laboral y en el segundo como funcionarial. ¿Se impediría al laboral la movilidad a puestos de trabajo funcionariales?, es decir, ¿no se le permitirá el acceso a la condición de funcionario? En caso de necesidad de la Administración, si se hace precisa una mayor actuación en el campo de la función inspectora y se ve disminuida la actividad proyectista ¿no podrá ser utilizado el laboral? ¿Tendrá que ser nombrado funcionario interino? Si de hecho se le atribuye o se le suna la función en su puesto y ello dura

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

algunos años, ¿no acabará solicitando la reclasificación del puesto de trabajo o la funcionarización? Situaciones como la descrita ponen en duda la cuestión de la laboralización que quedaría circunscrita al sector de la actividad prestacional o de los servicios públicos propiamente dichos o en algunos de los casos que preveía el artículo 15 de la Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública. Pero todo ello no evita los problemas de movilidad hacia el sector de ejercicio de poder y gestión burocrática en caso de necesidad o de reivindicación sindical o de lógica y racionalidad en la utilización de sus efectivos por las Administraciones públicas. La verdad es que la complejidad que han supuesto las sucesivas reformas de la función pública y la introducción del puesto de trabajo como elemento estructural y de carrera, convierte en racionales aquellas normas, ya antiguas, por las que todos los puestos de trabajo eran considerados funcionariales, salvo los que se correspondía con meros oficios o de personal obrero.

El Estatuto, en definitiva, no define, y el artículo 9 permite una amplia funcionarización en los sectores burocráticos, de poder y gestión de las Administraciones públicas y no se evitan los problemas que los conceptos de movilidad y carrera pueden plantear y que más adelante habrán de analizarse, salvo que llegemos a la conclusión de que el Estatuto define a los funcionarios y al personal laboral como sectores estancos sin posible relación. Sin que olvidemos que los principios básicos de la selección de personal son los mismos para funcionarios que para laborales, lo que lleva a tener que afirmar que el alcance de lo dispuesto en el número 1 de éste artículo 11 es muy relativo, pues el contrato no es el elemento básico y constitutivo de la relación laboral correspondiente, sino la plasmación formal de la superación de sistemas selectivos basados en la igualdad, mérito y capacidad.

Artículo 12: Personal eventual.

1. *Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento de carácter no permanente, sólo realiza funciones calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.*

2. *Las leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto 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.*

3. *El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que preste su función de confianza o asesoramiento.*

4. *La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.*

5. *Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.*

Si afrontamos este artículo únicamente como el que define esta clase de personal, su análisis no conllevaría muchas cuestiones a destacar, nos limitaríamos a poner de manifiesto que constituye una tercera clase de personal que no es funcionario, pero que tampoco es laboral, pero que se sujeta a un nombramiento y que debemos concluir que se regula por el Derecho administrativo. La razón de esta configuración radica en su carácter de confianza o asesoramiento especial que, en conexión con lo previsto en el punto 2 del artículo, se realiza a favor de órganos de gobierno de las Administraciones públicas.

El Estatuto no va más allá y deja en manos de cada Gobierno la determinación de los órganos que pueden disponer de dicho personal y la fijación de su número máximo y de sus retribuciones que en ambos casos deben ser públicos. Un primer problema del artículo es que no establece realmente cuál es el personal que comprende; es decir no ejemplifica o indica clases de este personal y que, además lo vincula a un concepto relativo que es el de “órganos de gobierno”. Y decimos relativo, por ejemplo, porque el mismo artículo lo utiliza con ambigüedad, ya que primero nos dice que las Leyes de Función Pública de desarrollo determinarán los órganos de gobierno que pueden disponer de este personal y después encomienda a éstos la determinación de su número y retribuciones. En el fondo se establece una reserva de ley para establecer lo que son órganos de gobierno. En resumen, hay que entender que sólo los órganos que son miembros de los correspondientes gobiernos tienen derecho a tener personal eventual.

Hay que tener en cuenta, pues, la configuración más o menos política o profesional de cada Administración y la conexión mayor o menor con una función política o con una mayormente administrativa, teniendo en cuenta que la Ley no reduce la configuración de los puestos de confianza a la figura del personal eventual sino que también comprende a puestos de libre designación en los funcionarios de carrera. La complejidad nace del hecho de que en principio el personal eventual no es obligado que proceda de la misma organización, sino que se incorpora desde fuera y por designio del cargo político correspondiente a quien realmente sirve, no siendo este servicio pues una función pública sino un servicio particular, *ad personam*, ni siquiera a la organización propiamente dicha, como resulta claro de los puntos 3 y 4 del artículo. Todo ello y la cautela legal de establecimiento de una publicidad del número y retribuciones de este personal, significa que su número debe

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ser muy reducido. Tampoco se debe olvidar que históricamente existieron ordenaciones que determinaban que la retribución de este personal corría a cargo del asesorado o servido, si bien se percibía por el cargo una cantidad destinada a este efecto, como ocurre en los casos en que se perciben cantidades en concepto de gastos de representación u, hoy en día, mediante, el otorgamiento de tarjetas de crédito. La publicación establecida se presenta como un sistema más garante y racional.

Pero como se deduce del artículo en su punto 4, cuando nos dice que la condición de personal eventual no puede constituir mérito para la promoción interna, no queda excluida la posibilidad de que como tal personal eventual puedan ser nombrados funcionarios de carrera o personal laboral, en su caso. Cuestión que se confirma en el artículo 87.1 i) del Estatuto que prevé el caso del pase a la situación de servicios especiales de los funcionarios nombrados como personal eventual. Por lo que respecta al personal laboral que acceda a la condición de personal eventual, hay que estar a la legislación laboral, pero al adaptarse la situación claramente al estatuto de los trabajadores, hay que estar a los respectivos convenios colectivos. En el caso de la Generalitat Valenciana, por ejemplo, en el II Convenio el caso se configura como una excedencia forzosa, que supone la conservación del puesto y centro de trabajo. Como se comprenderá en los casos de acceso como personal eventual de funcionarios y personal laboral se produce un sistema de sustitución, que puede dar lugar nombramientos de funcionarios interinos o a sistemas provisionales de cobertura.

SUBTÍTULO I: Personal directivo⁷.***Artículo 13: Personal directivo profesional.***

El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:

1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.

2. Su designación 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.

3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.

La primera consideración que, desde mi punto de vista, es destacable es que el legislador ha renunciado a configurar el directivo público propiamente dicho y se limita a referirse al personal directivo en

⁷ Para un mejor conocimiento de mis opiniones respecto al directivo público puede verse el tema IX de mis *Apuntes de empleo público* y el punto 2.3 del Capítulo IV de mi obra *Juridicidad y organización en la Administración española*, ambos trabajos en www.morey-abogados.com.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

general de carácter profesional, calificativo este último que estimo dirigido a distinguirlo del directivo político. Lo segundo a destacar es lo pretencioso del artículo, situado el mismo como un subtítulo y la realidad de su práctica remisión en blanco a cada Administración pública para su regulación, y lo tercero es que esta remisión, en contra de ocasiones anteriores, no se realiza a las Leyes de la Función Pública de desarrollo del Estatuto, sino al Gobierno o a los Órganos de Gobierno de cada Comunidad Autónoma; es decir, al reglamento o como en el caso del punto 1, y respecto de las denominadas *funciones directivas profesionales*, a las “normas específicas” de cada Administración. En resumen, para este caso parece no existir reserva de ley, entendiéndose que lo fundamental y básico ya está desarrollado en el artículo, pero la realidad, en mi apreciación, es que existiendo la posibilidad o necesidad, como el propio artículo reconoce, de establecer aún el régimen jurídico de este personal e, incluso, *su condición*, el legislador ha renunciado a regular aspectos básicos de la figura y que, si bien el régimen jurídico del personal que regula puede depender de la condición que se le atribuya, el atribuirle la condición o el determinar las posibles existentes es una obligación del legislador estatal a la que no puede renunciar y que existe, por tanto, en este aspecto un quebranto de la reserva de ley establecida en el artículo 149.1.18^a. Debemos entender que sí es posible que el personal directivo tenga la condición de personal laboral y que en dicha situación se somete a la relación laboral especial de alta dirección, es que es posible también que sea funcionario. En consecuencia el legislador estatal renuncia a decirnos cuándo puede serlo uno u otro tipo de personal o si es indiferente o, por el contrario, si existen distintos directivos o distintas condiciones en virtud de funciones distintas.

Hay que concluir que atendida la posible existencia de un directivo público ligado al apoyo a las políticas públicas y al enlace con

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

la organización denominada de mantenimiento o gestión con el fin de programar la asignación de los recursos y factores administrativos precisos para la eficacia de lo decidido, es decir, de las citadas políticas públicas, el legislador no ha querido regular esta figura o no la considera como directivo. Pero a mi parecer es dicha figura del directivo público, como alto funcionario, nivel bisagra entre la organización política y la administrativa la que es verdaderamente necesario regular, porque es, además, el directivo que aún cumple unas verdaderas funciones públicas garantes, si bien no son preferentemente jurídicas, sino de la viabilidad, eficacia y eficiencia de las decisiones político-administrativas importantes y figura propia de la Administración pública y del sector burocrático y de poder. El resto de directivos calificables de profesionales y que actúan en las Administraciones públicas son los que dirigen servicios públicos y cuya actuación es similar al de la empresa privada y que, en la práctica no es tan necesario regular, pues el derecho privado ya nos ofrece soluciones suficientes.

Tampoco se aborda el personal directivo respecto de la Administración local, donde pueden presentarse singularidades propias, ni si su regulación sería estatal o por leyes autonómicas.

Darse autobombo en el sentido de que por primera vez se regula el personal directivo y acabar, en el artículo 13 reflejado, sin regular el verdadero directivo público, resulta ridículo y todavía más hacerlo mediante una carta en blanco para cada Administración pública. Al contrario, no hay nada de avance en ello, sino que resulta que el legislador no se compromete en regular el alto nivel de la función pública y en configurar su parte superior como de carácter directivo y señalar su función en orden a la configuración de los actos de gobierno: políticas públicas, borradores de proyectos legales y normativos y decisiones organizativas y estructurales básicas.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Por tanto, la regulación del artículo, parece dirigida, sin descartar que alguna Administración pública defina este directivo público, a regular el directivo de servicios públicos y organismos públicos, en su caso, y empresas públicas, si bien lo hace mal, porque no sabemos, por ella, cuáles son las funciones directivas profesionales, que serán definidas por la normativa específica de cada Administración. Y ello porque renuncia a hacerlo.

Dadas las tendencias existentes a copiar sistemas de los países nórdicos de separación entre la zona decisional respecto de la de gestión y de la operativa, todavía resulta más llamativo que no se regule el directivo de dicha zona decisional o definitoria de las políticas públicas.

De otro lado hay que destacar que el artículo al regular el reclutamiento de este personal, tampoco nos dice que sea mediante sistemas selectivos o que se pueda ingresar directamente en la clase o categoría, mediante procedimientos equivalentes a una oposición, sino que el punto 2 parece considerar a la vez un posible ingreso y un sistema de provisión de puestos de trabajo. En el caso de que se defina la condición de directivo profesional laboral, lo tenemos claro, pero nada se dice del directivo profesional funcionario, que puede ser el directivo público, pero también el que desarrolle gestión en servicios públicos o empresas públicas. El único indicativo es que el artículo no hace referencia a su nombramiento, sino a su *designación*, lo que nos sitúa en el ámbito de la discrecionalidad, sin que sepamos de qué grado, si bien el mérito y la capacidad, la publicidad y concurrencia siguen vigentes. Pero existe el claro matiz de los denominados *criterios de idoneidad*, que el mismo artículo y punto recogen y que de nuevo conecta con la discrecionalidad, habida cuenta de que en lo público y en una configuración de la función pública y el empleo público basados, en parte, en el puesto de trabajo, el mérito y la capacidad llevan implícita la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

idoneidad. Destacarla o distinguirla significa acentuar el carácter discrecional de la designación e identificar, en resumen, la idoneidad con la confianza del designante en el designado. Repito que ello es así por la simple razón de que la idoneidad del candidato o aspirante respecto del puesto a ocupar se mide por el procedimiento selectivo correspondiente de acuerdo con el mérito, capacidad, publicidad y consiguiente concurrencia. Pero sustancialmente por los dos primeros principios, pues si se sabe que estos no se van a cumplir, no se produce la concurrencia y la publicidad se convierte en una mera formalidad.

La última cuestión que vamos a analizar es la que plantea el punto 3 del artículo ya que la sujeción a una evaluación de este personal basada en los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad en la gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan fijado, nos sitúan bien en el ámbito político, bien en el equivalente al empresarial. Como los políticos resultan excluidos de la configuración del personal directivo profesional, la conexión con el ámbito político se produce si consideramos el directivo público según mi concepción; de modo que la conexión con las políticas públicas, actos de gobierno y grandes decisiones le coloca en el ámbito de lo político y si al participar su función consiste en señalar, primero, la viabilidad de la decisión correspondiente, y después, su eficacia, todo ello mediante su participación o relación con el ámbito administrativo propiamente dicho, resulta lógico que quepa que sea evaluado de la forma que señala el artículo. También en este caso del directivo público, la idoneidad de su nombramiento puede estar en conexión con la experiencia concreta en las políticas públicas y decisiones a adoptar, sin perjuicio de la existencia de un nivel de confianza subjetivo. Hay que tener en cuenta que la evaluación o el sistema de evaluación de los niveles superiores profesionales de una organización pública,

normalmente altos funcionarios, ofrece siempre una perspectiva política⁸ que guarda también conexión con la idea o concepto de la idoneidad y con el sistema de libre designación o nombramiento. Pero ello, de decidirse alguna de las leyes de desarrollo por considerar la existencia de directivos profesionales y funcionarios, coincidentes con los actuales niveles de subdirectores generales, habría que considerar si les son de aplicación o no los sistemas de evaluación que el Estatuto establece para los empleados públicos.

Ningún problema ofrece el punto 3 en su aplicación al directivo profesional de servicios públicos o empresas públicas, salvo que al tratarse de Administraciones públicas la perspectiva política puede estar presente.

El punto 4 del artículo nos indica como, en principio, se refleja el modelo directivo empresarial de la ordenación laboral y que estas condiciones se reflejan en el respectivo contrato. Tampoco se establece ninguna cautela respecto a las indemnizaciones en caso de cese, que en el plano de lo público pueden llevara verdaderas corruptelas o incluso a corrupciones. Piénsese en el caso de designaciones con importantes indemnizaciones en momentos en los que se prevén cambios de gobierno, como medio de favorecer a personas afines o a partidos políticos.

En definitiva, pues, el artículo es insuficiente, poco claro, no decide y elude lo más importante que es la consideración del directivo público propiamente dicho y figura propia del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración y no del derecho privado o de la gestión de empresas. No cumple los presupuestos que veíamos que fijaba la Exposición de Motivos, ya que en este caso no distingue el

⁸ Sobre la perspectiva política y la racional puede verse [Mercedes Iacoviello, Una perspectiva política sobre la evaluación de los gerentes de Estado](#). Serie INAP- AAG- DNYED- CEPAS.

trabajo en el sector público respecto de privado. Tampoco, estimo que se constituyan unas bases que garanticen el régimen común ante las Administraciones públicas. No hay una concepción de lo público y se acogen criterios propios de la gestión empresarial o privada. Para este viaje no hacían falta alforjas y menos un subtítulo en la Ley.

4.- DEL TITULO III: DERECHOS Y DEBERES. CÓDIGO DE CONDUCTA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

En el momento de analizar la Exposición de motivos no hemos realizado un comentario especial de su referencia a la cuestión de los derechos y deberes de los funcionarios, pero es conveniente ahora ocuparnos de ello para una mejor comprensión del alcance de este Título III, antes de su análisis más pormenorizado por cada uno de sus capítulos. Pues bien, la citada Exposición tras referirse a la negociación colectiva, a la que considera como un elemento de contribución a la concreción de las condiciones de empleo de todo el personal al servicio de la Administración, continúa refiriéndose a que se contempla un conjunto de principios generales exigibles a los empleados públicos y a la inclusión de un listado de sus derechos básicos y comunes y señala que *por primera vez se establece en nuestra legislación una regulación general de los deberes básicos de los empleados públicos, fundada en principios éticos y reglas de comportamiento, que constituye un auténtico código de conducta. Estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias.*

No es preciso ir más allá de estos comentarios, pues sólo nos interesan para delimitar cual es el contenido general del Título III y, en este sentido, puesto que listas de derechos y deberes de los funcionarios han figurado en leyes anteriores, se ha de considerar que la novedad que se señala es que esta vez los fundamentos de los deberes que se establecen en la Ley son éticos y que constituyen un código de conducta. No merece la pena realizar una crítica a lo que hemos subrayado o destacado ahora de la Exposición, salvo que muy mal deben estar los comportamientos en la Administración pública cuando es necesario destacar que los deberes de los empleados tienen fundamentos éticos, a no ser que tal vez lo que ocurre es que se quiere manifestar un signo de *modernidad* recogiendo propuestas doctrinales que basan, en parte, dicha modernidad o reconstrucción en un “rearme ético de la función pública”. También cabe poner de manifiesto que, en redacción confusa, puesto que las actividades lícitas no son las que tienen límite, sino las ilícitas, el listado, en el fondo, no es sólo un reflejo de derechos sino también de límites de conducta que de sobrepasarse pasan a ser infracciones sancionables.

Destacaremos, pues, que el Título contiene seis capítulos, dedicados por orden a los siguientes aspectos: I Derechos de los empleados públicos. II Derecho a la carrera y a la promoción interna. La evaluación del desempeño. III Derechos retributivos. IV Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión. V Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones y VI Deberes de los empleados públicos. Código de conducta.

Capítulo I: Derechos de los empleados públicos.

El Capítulo consta de dos artículos el 14 y 15, el primero que refleja los *derechos individuales* y el segundo que se refiere a los *derechos individuales ejercidos colectivamente*. Vamos a transcribir cada uno de ellos y comentarlos en su caso.

Artículo 14: *Derechos individuales.*

Los empleados públicos tienen los siguientes derechos de carácter individual en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio:

- a) A la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera.*
- b) Al desarrollo efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional y de acuerdo con la progresión alcanzada en su carrera profesional.*
- c) A la progresión en la carrera profesional y promoción interna según los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.*
- d) A percibir las retribuciones y las indemnizaciones por razón del servicio.*
- e) A participar en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde preste sus servicios y a ser informado por sus superiores de las tareas a desarrollar.*
- f) A la defensa jurídica y protección de la Administración Pública en los procedimientos que se sigan ante cualquier orden jurisdiccional como consecuencia del ejercicio legítimo de sus funciones o cargos públicos.*

g) *A la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral.*

h) *Al respeto a su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral.*

i) *A la no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo u orientación sexual, religión o convicciones, opinión, discapacidad, edad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

j) *A la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.*

k) *A la libertad de expresión dentro de los límites del ordenamiento jurídico.*

l) *A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo.*

m) *A las vacaciones, descansos, permisos y licencias.*

n) *A la jubilación según los términos y condiciones establecidas en las normas aplicables.*

o) *A las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.*

p) *A la libre asociación profesional.*

q) *A los demás derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico.*

No es criticable que se realice un esfuerzo en enumerar los derechos de los empleados públicos, pero desde mi punto de vista el sistema que sigue el Estatuto sí que lo es, pues, en primer lugar, hemos visto que el artículo 1.3 establece unos *fundamentos de actuación* y a cuyos comentarios me remito, pues el artículo 14 plantea en bastantes de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

sus puntos las mismas cuestiones. Primero, se refiere a que los derechos que se enumeran lo son en correspondencia con la naturaleza jurídica de la relación de servicio de los empleados públicos y vemos que ésta es varia y no única. La realidad nos muestra una enumeración de derechos que son comunes a todas las personas y no sólo a los funcionarios o trabajadores y que no tienen su origen en su condición de tales. La enumeración de estos derechos evidencia, además, que, en consonancia, no sólo han de existir unas formas de actuación de las Administraciones públicas correspondientes o concordantes con ellos, sino también unas formas concretas de organización que hagan efectivos estos derechos, que además constituyen, en buena parte, también garantías para los ciudadanos y sus derechos frente a aquéllas, en orden a la legalidad y eficacia en la actuación administrativa. Muchos de los derechos enumerados, en este sentido, van a plantear verdaderos problemas de organización a cada Administración pública.

Analizando algunos de los casos que se presentan en relación más directa con la relación de servicio propia, vemos que el apartado a) se refiere a la inamovilidad en la condición de funcionario de carrera pero que el derecho, por tanto, no alcanza al personal laboral y no sabemos si al personal directivo por su deficiente regulación, aun cuando hay que entender que no y que la inamovilidad dependerá de su relación primaria con la Administración, si entendemos que se puede ser personal directivo y por su procedencia funcionario o personal laboral.

Esta situación, por lo que hace al personal laboral, no parece correcta, en principio, pues tiene su base en la distinta normativa reguladora de la relación: Derecho administrativo en el caso de los funcionarios y Derecho laboral en el personal laboral. Desde mi punto de vista, si bien es el ejercicio de funciones públicas el que constitucionalmente exige de la imparcialidad y ella de la inamovilidad

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

como garantía y todo ello deriva en la necesidad, a efectos de cesación de la relación jurídica, de expedientes administrativos y jurídicos con motivaciones y decisiones fundadas en derecho y hechos probados, también hay que considerar que en los empleos públicos no se puede gozar de la arbitrariedad de que goza el empresario a los hora del despido de un trabajador. Desde mi punto de vista, si el acceso a los empleos públicos y no sólo a las funciones públicas es un derecho de cada ciudadano y por decisión legal se ha de realizar por sistemas de igualdad, mérito y capacidad, resulta lógico y así ocurre, finalmente, por vía de convenios, que el despido se someta a parecidos procedimientos a los del caso de los funcionarios públicos. Pero además, es mi opinión que en la Administración pública no es posible el despido injustificado mediante indemnización, salvo que sea esta la voluntad del trabajador, sino que, ante un despido de tal naturaleza, lo obligado en derecho público es la readmisión y la indemnización de los perjuicios causados. En definitiva, si bien, es cierto que la inamovilidad conceptualmente es propia del Derecho administrativo y de la función pública propiamente dicha, el sistema en el personal laboral no difiere tanto, si se aplica bien el principio de igualdad y la naturaleza común a todo empleo público, salvo que nos refiramos a personas jurídicas verdaderamente de derecho privado; es decir sociedades y empresas sujetas al mercado y condicionada su existencia por él.

El apartado b) plantea una serie de cuestiones relacionadas con la gestión que no sé si están calculadas. En principio, puede considerarse que se está refiriendo al derecho al desempeño de un puesto de trabajo conforme con la profesión correspondiente o a la categoría alcanzada, pero las cuestiones relacionadas pueden ser más, sobre todo si no se configuran las categorías y la carrera como unos niveles abstractos, sino que se conectan directamente con las condiciones de los puestos de

trabajo y con la adecuación de éstos a las funciones verdaderamente desempeñadas. En resumen, sin perjuicio, de que en el Título V del Estatuto puedan ser analizadas estas cuestiones, lo cierto es que este derecho conecta directamente con un adecuado sistema de clasificación de puestos de trabajo y con los derechos de sus titulares. También la cuestión se relaciona con los sistemas de carrera y promoción profesional y con el apartado e). Con éste por la razón de que si el apartado b) se refiere al derecho a desempeñar de modo efectivo las funciones que corresponden a cada persona, funcionario o laboral, ello comprende necesariamente la participación en la consecución de los objetivos atribuidos a la unidad donde se trabaja y a la información correspondiente, salvo que se comprenda también en este derecho el que la organización o unidad correspondiente, en su funcionamiento, facilite a cada empleado la ocasión de opinar y recibir información sobre el trabajo que se realiza y su mejora o cambio a los efectos señalados del cumplimiento de los objetivos asignados. Como es lógico considerar que efectivamente el derecho tiene también este alcance, se evidencia aquí cómo, en gran medida, los derechos recogidos en el artículo conllevan formas de organizarse en correspondencia con ellos.

Estimando que el resto de apartados no precisan de comentarios específicos en el orden que nos preocupa por su carácter general y común, pasamos al artículo siguiente del capítulo.

Artículo 15: *Derechos individuales ejercidos colectivamente.*

Los empleados públicos tienen los siguientes derechos individuales que se ejercen de forma colectiva:

a) A la libertad sindical.

b) A la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.

c) Al ejercicio de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

d) Al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.

e) Al de reunión, en los términos establecidos en el artículo 46 de este Estatuto.

No creemos preciso comentario alguno de este artículo dado que se desenvuelve dentro de la tradición legal establecida desde la promulgación de la Constitución Española de 1978, salvo que no realiza distinción práctica entre funcionarios y personal laboral. De otro lado, tiene un desarrollo en el Capítulo IV del propio Estatuto y conecta con otras leyes específicas.

Capítulo II: Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño.

Al analizar la Exposición de Motivos ya se han visto las afirmaciones en relación con la evaluación del desempeño por parte de los empleados, calificado como un punto fundamental de la reforma y nunca antes abordado, así como la manifestación en orden a la eficiencia de la administración de que los funcionarios o empleados públicos sean recompensados y promocionados de acuerdo con su rendimiento. Es ahora cuando la Ley aborda esta cuestión de la promoción y evaluación de los empleados públicos, sin perjuicio de que en su momento hay que analizar los sistemas de provisión de puestos de trabajo, íntimamente relacionados con el contenido de este capítulo. Antes de abordar cada uno de sus artículos y comentarlos, creo que hay que destacar que ambas cuestiones se configuran como derechos de los empleados públicos, que lo son, pero hay que evidenciar que son cuestiones organizativas y plenamente ligadas con la eficacia de las Administraciones públicas.

Una vez más la Ley pone el acento en aspectos importantes y los matiza desde el punto de vista estatutario y relacional que preside su sentido general. Pero estos derechos han de estar en consonancia con un buen orden y funcionamiento de cada Administración pública y subordinados a los intereses generales, de tal modo que no influyan negativamente en la estructura y racionalidad de la organización administrativa pública. De todas formas hay que poner en evidencia que la carrera y la promoción son, pues, conceptos que se ofrecen respecto de los empleados que ya han accedido por los sistemas de ingreso a las Administraciones públicas. Pero analicemos cada artículo del capítulo, aunque opinemos que hubiere sido preferible que la Ley, previamente, hubiere expuesto el contenido de su Título V, para mejor comprensión del sistema.

Artículo 16: Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera.

1. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional.

2. La carrera profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativa de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

A tal objeto las Administraciones Públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera.

3. Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto regularán la carrera profesional aplicable en cada ámbito que podrán consistir, entre otras en la aplicación aislada o simultánea de alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) *Carrera horizontal, que consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo y de conformidad con lo establecido en la letra b) del artículo 17 y en el apartado 3 del artículo 20 de este Estatuto.*

b) *Carrera vertical que consiste en el ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el Capítulo III del Título V de este Estatuto.*

c) *Promoción interna vertical, que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que no tenga Subgrupo, a otro superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.*

d) *Promoción interna horizontal que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.*

4. *Los funcionarios de carrera podrán progresar simultáneamente en las modalidades de carrera horizontal y vertical cuando la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.*

Quizá lo primero a destacar es que el derecho a la promoción profesional pertenece a los funcionarios de carrera y al hilo de esta afirmación hay también que señalar cómo el artículo se refiere en el punto primero a la promoción profesional y de inmediato en el segundo a la carrera profesional, si bien el enunciado del artículo se refiere a ésta y a la promoción interna, lo que significa una polivalencia terminológica inicial que contrasta con lo didáctico del punto tercero. De otro lado, también al poner en evidencia este hecho y tras los comentarios ya relacionados respecto del personal interino y la conveniencia de que

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ocupen los puestos básicos y del hecho de que realmente no ocupen puestos vacantes sino “plazas”, hay que insistir en lo dicho entonces, pues el derecho a la carrera y la promoción no se declara respecto del funcionario interino, por lo que interpretando adecuadamente este artículo y en relación con el 10 del Estatuto e incluso con el 25.1 en relación con el 24, no deben producirse nombramientos de personal interino en puestos importantes o de nivel si pueden ser cubiertos por funcionarios de carrera y mientras quieran, sin perjuicio de la relación que la cuestión tiene con la clasificación de puestos de trabajo y sus relaciones y con las comisiones forzosas de servicios. Es decir, no pueden darse situaciones tales como las que vienen ocurriendo, en las que funcionarios interinos alcanzan con un simple nombramiento carreras fulgurantes que no alcanzan, paradójicamente, funcionarios de carrera, influyendo en ello el sistema de libre designación que aún persiste; de tal modo que en función de este sistema se puede rechazar para un puesto a un funcionario de carrera o no ofrecérselo y en cambio nombrar un interino en él. El resultado es que para el interino puede haber pues carrera temporal, sí bien no profesional.

En el desarrollo del Estatuto estas cuestiones han de ser consideradas, pues la interpretación literal del punto primero del artículo es clara.

El punto segundo nos ofrece una definición o conceptualización de la carrera profesional en el que, bajo la condición de la conformidad a los principios de igualdad, mérito y capacidad, se considera como tal a las oportunidades de *ascenso* y *expectativas de progreso profesional*. No hay razón para comentar al respecto, ya que el punto 3 del artículo se convierte en ejemplificador o didáctico. Sí cabe apuntar que al efecto de esta carrera se considera que hay que promover la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

carrera, lo que nos pone en conexión con los sistemas de formación y perfeccionamiento de los funcionarios públicos. Pero el punto ha de conectarse, como otros más de la carrera, no sólo con la provisión de puestos de trabajo, sino con el Título V de la Ley, titulado “Ordenación de la actividad profesional”, pues ello es lo que puede otorgar sentido al sistema como tal, evidenciándose al efecto, una vez más, que quizá los factores estructurales de la función pública en general, debieron exponerse con anterioridad a los derechos y deberes de los empleados públicos.

Es pues el punto tercero el que nos viene a definir las modalidades o desarrollo de la carrera profesional, ofreciéndonos, por tanto, su alcance y elementos que comprende y que luego complementa en los artículos siguientes. Distingue, en orden a la carrera profesional, entre una horizontal y otra vertical, quedando la primera vinculada a conceptos tales como el *grado, categoría, escalón u otros análogos* y significada porque no hay necesidad de cambiar de puesto de trabajo para que se produzca, remitiendo para su comprensión al artículo 17. La realidad es que existe una conexión evidente del artículo con conceptos y estructuras de la función pública como son los grupos de titulación, las escalas y los cuerpos que no se recogen hasta el mencionado Título V y que dependen de opciones estructurales de la función pública.

La carrera vertical se conecta con el *ascenso en la estructura de puestos de trabajo* por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, de nuevo remitiendo al Título V, demostrando que la sistemática de la Ley no es la más adecuada o que la seguida en mis comentarios, al seguirla, tampoco. Pero lo cierto es que hemos preferido seguir el Texto de acuerdo con su exposición articular.

En orden al otro factor de promoción, la calificada como interna, el artículo vuelve a distinguir entre una promoción vertical y una

horizontal, que ahora se vinculan a otros conceptos estructurales como son el de los *cuerpos* y las *escalas* y los de *grupos de clasificación profesional* y *subgrupos*, tampoco explicados aún y el de subgrupos de nueva configuración. En la promoción vertical se hace referencia a la existencia de un *ascenso* y en la horizontal sólo al *acceso*, dándose el caso, pues, de que la primera supone el acceso a un subgrupo o grupo superior al que se pertenecía y en la segunda a un cuerpo o escala del mismo subgrupo profesional. Dejamos pues el análisis condicionado al de los siguientes artículos, no sin decir previamente que el punto cuarto del artículo 16 se limita a reflejar que en los funcionarios de carrera se pueden simultanear las dos modalidades de carrera si la Administración correspondiente las haya implantado en un mismo ámbito.

De lo examinado parece deducirse que la carrera horizontal es un sistema que no necesita de un cambio de puesto, pero no se excluye que pueda producirse mediante dicho cambio. Y el último punto revela que no está excluido que al producirse una carrera vertical el cambio de puesto no lleve aparejado, de por sí, un cambio de grado, categoría, etc., pero, la regulación de esta posibilidad la deja a lo que decida la correspondiente Administración. La realidad es que la carrera horizontal se muestra ligada al tradicional concepto de categoría y escalafón, que no implicaba cambio de puesto, pero la variedad de cuestiones que plantea la actual gestión de personal y las técnicas posibles a utilizar, no excluyen la simultaneidad sino que pueden llevarla aparejada, de ahí este punto cuarto del artículo.

Artículo 17: Carrera horizontal de los funcionarios de carrera.

Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán regular la carrera horizontal de los

funcionarios de carrera, pudiendo aplicar, entre otras, las siguientes reglas:

a) Se articulará un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración a cada uno de ellos. Los ascensos serán consecutivos con carácter general, salvo aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad.

b) Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.

Como vemos, la carrera horizontal no implica el cambio de puesto de trabajo, según el artículo 16.3 a), por lo tanto, según la organización que decida cada Administración pública, a través de su Ley, podrá configurar esta carrera horizontal y seguir un sistema de grados o de categorías o de escalones, conceptos que la Ley no explica o recoge, por lo que bien han de ser concebidos de acuerdo con la historia, o bien con la estructura en cuerpos, escalas o puestos de trabajo, o bien ser configurados por cada Ley de desarrollo. En segundo lugar, estos grados, categorías o escalones se presentan según el artículo 17 que ahora analizamos, como un concepto remunerativo; es decir, conllevan una retribución económica aparejada y, puesto que no existe la necesidad de cambiar de puesto de trabajo para alcanzarla y, en cambio se le califica como ascenso, éste lo es, básicamente, de carácter económico, sin perjuicio de que el alcance de un grado, categoría, etc. tenga repercusión en la evaluación del desempeño y en la provisión de puestos de trabajo, etc. Es decir, desde nuestro punto de vista, la consideración legal de la carrera horizontal como de carácter

remunerativo, no excluye que habilite o sea considerada e efectos de cubrir determinados puestos de trabajo, en los que se exija un grado, categoría o escalón determinado.

Los ascensos de unos grados, categorías y escalones a otros han de serlo consecutivamente; lo que significa que no es posible ascender, por ejemplo, dos grados o categorías simultáneamente o de golpe, *salvo en aquellos supuestos excepcionales en los que se prevea otra posibilidad*, según señala el artículo. Lo que normalmente significa que el legislador ignora o no quiere determinar en qué casos puede suceder esto, pero que no cierra la posibilidad de que en determinadas circunstancias puedan presentarse supuestos que lo determinen o en los decida cada Administración que ello pueda ser racional. Ello resulta natural, porque el sistema seguido por la Ley de indefinición y de verdadera configuración final por cada Administración lo implica. El caso, inicialmente de estos posibles ascensos simultáneos, parece pues que sólo podría estar conectado a aquellos en que se produjera un cambio de puesto de trabajo que implicara el de grado o categoría en más de un punto, grado o escalón o a aquellos en los que se dé simultáneamente una carrera horizontal y vertical. Se manifiesta aquí la mala técnica del legislador estatal, preocupado por dejar las manos libres a cada Comunidad Autónoma para organizarse, pues hablar de escalas o escalones implica la existencia de diferentes puestos de trabajo y un ascenso vertical. La realidad es que se resucitan las categorías en el sentido anterior a la Ley de Funcionarios civiles del Estado de 1964.

El lector comprenderá al hilo de estas reflexiones, que el legislador autonómico, tiene previamente, como hemos repetido, que decidir su estructura del empleo público y recursos humanos según el capítulo II del Título V del Estatuto, pues de ello depende el resto de decisiones. Pero también debe haberse fijado adecuadamente el sistema

de movilidad entre Administraciones públicas. Cuestiones que evidencian los defectos estructurales del Estatuto que venimos apuntando y paradójicamente sus “indecisiones básicas”.

Pero continuando con el artículo, éste en su apartado b) liga el ascenso no a un transcurso del tiempo o antigüedad, sino a una serie de factores que hay que considerar ligados a la evaluación del desempeño, ya que implica valorar la trayectoria y actuación profesional de cada funcionario, los trabajos realizados y los conocimientos adquiridos. Lo que requiere, también, de la previa definición por cada Administración del sistema de evaluación que va a seguir y que el Estatuto no define en su artículo 20. La complejidad de la cuestión es importante en orden a la gestión y al establecimiento de sistemas verdaderamente objetivos y de mérito y capacidad, que no acaben en simples baremos y puntuaciones y homologaciones de cursos realizados. También incluye la posibilidad de méritos y aptitudes ligadas a la función específica desarrollada y a la experiencia adquirida.

El legislador estatal lanza un órdago y cada Comunidad Autónoma tiene el problema. Problema político: necesidad de dictar una Ley; problema real: establecer un sistema efectivo de gestión de personal y de administración pública eficaz. Necesidades de tiempo distintos, perentoria la primera, por su carácter; la segunda necesariamente prudente, lenta, profesional y técnica, necesitada de verdaderos expertos capaces de diseñar un proyecto de ley y una política pública factible, teniendo en cuenta las experiencias propias anteriores y los problemas y conociendo las soluciones posibles y sus efectos. Además, exige que los contenidos formativos estén definidos desde la perspectiva pública y, por tanto, desde la propia Administración y no sean meras trasposiciones de la formación de empresas privadas o aplicación de simples técnicas de administración.

Continuamos, pues el examen del articulado que sigue, si bien, queda de manifiesto que estas cuestiones dependen en parte del Título V y de los comentarios que en su análisis hagamos.

Artículo 18: Promoción interna de los funcionarios de carrera.

1. La promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad así como los contemplados en el artículo 55.2 de este Estatuto.

2. Los funcionarios deberán poseer los requisitos exigidos para el ingreso, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas.

3. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto articularán los sistemas para realizar la promoción interna, así como también podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

Asimismo las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo.

4. Las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional.

El primer punto nos coloca de inmediato, al decir que la promoción interna se realizará mediante procesos selectivos, ante el

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

artículo 55.2 de la Ley, frente a la carrera vertical que se vinculaba con los procedimientos provisión de puestos de trabajo. Para hablar en términos claros, aunque no actuales, la promoción interna se vincula con las oposiciones o sistemas de **ingreso** en la Administración pública. Es decir, quien se promociona internamente acude a estos procedimientos o sistemas.

Nos sitúa la Ley, por primera vez ante la dualidad selección de personal y provisión de puestos de trabajo, que en las Administraciones públicas se presentan como procesos o procedimientos separados, si bien en ambos casos se seleccionan personas y se acaba desempeñando un puesto concreto. Esta dualidad que nos ofrecen las Administraciones públicas tiene raíces históricas y produce que sea imposible un sistema puro de puestos de trabajo equivalente al de una empresa privada, pero es, como veremos un elemento esencial en la complejidad de la gestión de recursos humanos o de personal en lo público.

La promoción interna, desde mi punto de vista, no es sólo un derecho, es, sobre todo, una fórmula para aprovechar y utilizar adecuadamente al personal que tienes dentro de la organización, sin necesidad de acudir a reclutar personal externo. El sistema supone además el ascenso a un cuerpo o escala superior, en el sentido del Grupo o Subgrupo de titulación exigida y correspondiente clasificación o el acceso a otro distinto dentro del mismo Subgrupo. En una palabra, el ingreso en un cuerpo o escala diferente al que se pertenece; cuestión que siempre requirió o exigió hacer la oposición correspondiente o que conllevó como otra solución racional, en determinados momentos, la unificación de cuerpos de las mismas características.

Este proceso selectivo, además, ha de sujetarse a los principios de igualdad, mérito y capacidad que contempla el antes citado artículo 55.2 y son las Leyes de desarrollo del Estatuto las que articulan los sistemas

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

para realizar la promoción interna. Las situaciones producidas en la promoción interna con anterioridad a esta Ley, en las que también regían los principios que contempla el artículo 55.2 y la igualdad y mérito y capacidad, han proporcionado ejemplos de promoción que en mi opinión no los respetaban y que se dirigían a solucionar la situación de personas y grupos concretos, eludiendo la libre concurrencia y, con ella, el básico principio de la igualdad. Así he visto, ante la existencia de puestos clasificados en dos grupos de titulación, realizar cursos dirigidos a los titulares de los puestos que pertenecían al grupo inferior de ellos, para promocionarse al grupo superior, previa reclasificación del puesto en dicho grupo superior. Un sistema pues de promoción restringido que hurtaba los puestos al sistema general de promoción interna y constituía una verdadera “ganga” para los beneficiados. La no manifestación del principio de libre concurrencia y la imaginación de cada legislador puede proporcionarnos sistemas parecidos dirigidos a resolver casos concretos o problemas conocidos; si bien es posible que lleguemos a la conclusión de que el actual Estatuto no permita la clasificación en grupos o subgrupos diferentes de un mismo puesto, pero no queda plenamente garantizado que no se perfilen sistemas dirigidos a limitar la libre concurrencia y beneficiar al funcionario frente al aspirante o a que mediante meras reclasificaciones de puestos se realice la promoción.

También establece el artículo que cada Ley de desarrollo podrá determinar los cuerpos y escalas en los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros del mismo Subgrupo; es decir, se refiere a la promoción horizontal, aunque inicialmente lo haga a la promoción interna en general. Ello provoca, en conexión con el artículo 16.3 c), el que nos preguntemos si el acceso de un cuerpo o escala a otro, que no ascenso, dentro del Grupo que no mantiene o tiene Subgrupos, es que no se puede considerar como promoción interna, ya

que interpretando el citado artículo, punto y apartado y el apartado siguiente d) conjuntamente con este artículo 18.3 no se contempla el caso. La carencia de desarrollo legal y adaptación a la nueva estructura de los niveles de enseñanza y correspondientes titulaciones, sobre todo en el ámbito universitario no nos permite ofrecer ideas claras al respecto. Pero sí permite, por ejemplo, exponer que en el Grupo B, que integra a los cuerpos y escalas en los que se exige al Título de Técnico Superior, es el único en el que el Estatuto y su artículo 76 no mantiene la existencia de subgrupos y en el que es posible que poseyendo la titulación correspondiente el funcionario perteneciente a un cuerpo desee ingresar en otro, con lo que no asciende a otro de nivel de titulación superior, pero sí cambiaría de cuerpo para lo que, en principio, hay que pensar que siendo del mismo grupo pueda tener una consideración específica, por su situación de funcionario y conocimientos generales previos, en el sistema o procedimiento de acceso. Pues bien, el caso no parece estar contemplado como promoción interna, sólo se consideran los cambios de Grupo o Subgrupo.

Hay que tener en cuenta que la Ley no deroga el Real Decreto 364/1995 de ingreso y promoción profesional, cuyo artículo 80 sí contempla la promoción a Cuerpos y Escalas del mismo grupo de titulación, si bien con límites muy precisos, sobre todo porque exige que sea *entre funcionarios que desempeñen actividades sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico*.

También surge la duda de si el determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros del mismo Subgrupo que el artículo 18.3 atribuye a las Leyes de la Función Pública de desarrollo del Estatuto, significa que éstas puedan determinar la existencia de cuerpos en los que no cabe promoción

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

interna horizontal. Como vemos el Estatuto deja a dichas leyes un margen amplio de cuestiones que ellas deben configurar y es posible que en casos como este que acabamos de exponer no existan criterios uniformes, lo que puede plantear comparaciones entre unas Administraciones y otras. Además la Ley repite lo mismo en el inciso final del párrafo primero del artículo 18.3 y en el párrafo segundo del mismo; por lo menos por mi parte, de momento, no alcanzo a ver diferencia.

El artículo en su punto 2, establece los requisitos que se requieren para poder promocionarse internamente y como es normal exige que se cumplan los requisitos correspondientes para el ingreso; es decir, los requeridos para acceder al cuerpo, escala, etc. correspondiente, pero, además requiere que los funcionarios tengan una antigüedad de al menos dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo o Grupo y, también, como es lógico al remitir el artículo al 55.2 se requiere superar las correspondientes pruebas selectivas.

Surge al respecto, la cuestión de si precisamente estas pruebas selectivas, que constituyen los procesos selectivos de promoción interna, pueden ser diferentes a los generales del citado artículo 55 y hay que pensar que sí, en cuanto la promoción interna se dirige a personas que ya han superado unas pruebas y que parte de los conocimientos exigibles en los procesos generales ya los han demostrado y se supone que los siguen poseyendo o les han sido evaluados por los procedimientos de evaluación del desempeño que regula el artículo 20. Es decir, las pruebas en promoción interna pueden ser de alcance o forma diferente a las dirigidas a personas que no proceden de una Administración pública.

Las cuestiones relativas a si la promoción interna constituye un turno dentro de los procesos generales de selección o uno restringido a funcionarios, el número de vacantes que se reserva al sistema, la

posibilidad de acumular las no cubiertas a favor de los aspirantes externos y toda la serie de cuestiones que se plantean en torno a esta promoción y su conexión con el sistema general de ingreso en las Administraciones públicas y su ajuste al principio de igualdad y libertad de concurrencia, quedan, pues, como cuestiones a resolver en cada Ley de desarrollo. Son cuestiones básicas en la anterior normativa, hoy, en cierto modo desreguladas.

El punto 4 no requiere mucho comentario, únicamente que se evidencia que la promoción interna no es sólo un derecho de los funcionarios de carrera sino que es un sistema racional que debe fomentarse e incentivarse.

Artículo 19: Carrera profesional y promoción del personal laboral.

- 1. El personal laboral tendrá derecho a la promoción profesional.*
- 2. La carrera profesional y la promoción del personal laboral se hará efectiva a través de los procedimientos previstos en el estatuto de los Trabajadores o en los Convenios Colectivos.*

La complejidad del sistema de promoción en lo laboral con una base de promoción más basada en puestos y categorías y la remisión a la normativa laboral y convenios colectivos, hace que no consideremos un comentario del artículo, si bien si cabe decir que como es lógico en él se manifiesta uno de los claros problemas de gestión de recursos humanos con los que se enfrenta la organización administrativa pública.

Artículo 20: La evaluación del desempeño.

- 1. Las Administraciones Públicas establecerán sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados.*

La evaluación del desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento y el logro de resultados.

2. Los sistemas de valuación del desempeño se adecuarán, en todo caso, a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se aplicarán sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos.

3 Las Administraciones Públicas determinarán los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 del presente Estatuto.

4. La continuidad en un puesto de trabajo obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño de acuerdo con los sistemas de evaluación que cada Administración Pública determine, dándose audiencia al interesado, y por la correspondiente resolución motivada.

5. La aplicación de la carrera profesional horizontal, de las retribuciones complementarias derivadas del apartado c) del artículo 24 del presente Estatuto y el cese del puesto de trabajo obtenido por el procedimiento de concurso requerirán la aprobación previa, en cada caso, de sistemas objetivos que permitan evaluar el desempeño de acuerdo con lo establecido en los apartados 1 y 2 de este artículo.

Al analizar la exposición de Motivos ya hemos hecho alguna referencia y emitido alguna opinión respecto de la evaluación del desempeño que regula este artículo y que aquella considera como un elemento fundamental de la nueva regulación. Decíamos en dicho momento que nada hay que objetar a que esta evaluación se produzca y es más la calificábamos de utopía por dos razones: por ser clara su

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

conveniencia y teórica bondad y por no haberse cumplido nunca ni haber dado lugar a un sistema regularmente establecido y regulado específicamente. Hacíamos, también, entonces referencia al intento inicial en este sentido de la Ley Valenciana de la Función Pública, 10/1985, que no se hizo nunca realidad, sin que se desarrollara el artículo 47.2 de su primer texto que decía: *La Administración regulará un sistema periódico de calificación de personal que tendrá como base la constitución de unas Juntas de Calificación por cada Departamento, que valorando el rendimiento del funcionario establecerán una calificación del mismo que constará en el expediente personal del interesado y deberá ser motivada y comunicada.* Seguía diciendo: *En la regulación se establecerá la forma de constitución, la participación sindical y, en su caso, la vía de recursos contra las calificaciones del personal.* Y un punto 3 del artículo decía: *Las calificaciones de estas Juntas podrán ser tenidas en cuenta, en el momento de la provisión de puestos de trabajo, por cualquiera de los sistemas establecidos en esta Ley.*

Como ello no fue realidad como he dicho nunca, ni conozco el más mínimo intento de llevarlo a cabo y, al objeto de que se comprenda la actual situación, explico que el artículo de esta Ley valenciana, es prácticamente el por mí redactado en sus borradores, sin perjuicio de sus discusiones y comentarios y que obedecía a la idea general de que la evaluación era necesaria, a la mía personal y también con una base en modelos que con anterioridad habían existido de hecho en algunos departamentos ministeriales, por ejemplo, en Hacienda, pero nunca institucionalizados. Por tanto, la Ley manifestaba una necesidad y una voluntad y apuntaba un sistema concreto, que necesitaba de desarrollo y que, lógicamente presentaba dificultades claras que debían superarse

mediante el estudio. Por ello la cuestión quedaba derivada a la regulación por reglamento.

No nos parece muy distinta la situación que el Estatuto establece y obedece igual a una necesidad y a un voluntarismo que requiere de decisiones posteriores y varias, pero ni siquiera apunta ningún sistema concreto o sistemas posibles sino unos principios o límites muy generales: transparencia, objetividad, imparcialidad, no discriminación, audiencia al interesado y resolución motivada; poniéndose así de relieve las complicaciones que cualquier sistema va a tener si previamente no se piensa mucho el sistema de evaluación, ya que acaba siendo un procedimiento administrativo y jurídico en su caso, susceptible de reclamaciones y recursos administrativos. El Estado cumple la perentoriedad política de unas bases con este Estatuto, pero cada Administración pública se encuentra con que su desarrollo es más complejo, pues sin ser reglamentario, necesita en muchos casos de precisiones y decisiones propias del reglamento y no de norma con rango de Ley, por lo que puede establecer un sistema carente de racionalidad o cargado de problemas de ejecución o necesitado de inmediata reforma.

No es racional que sistemas de esta complejidad y necesaria experiencia se libren de la manera que lo hace el Estatuto, pues en las leyes de la función pública no puede predominar el proceso político y en su fase de definición general, sino que unas bases técnicas y empíricas han de conducir a la racionalidad y eficacia del sistema y a su unidad sustancial. No puede ser que, por ejemplo, la Administración estatal defina de pronto sus sistemas de evaluación, por tenerlos estudiados y analizados, sin sacarlos por respeto a la autonomía de cada Administración pública, si finalmente la capacidad de cada una de ellas y su propio proceso político de desarrollo del Estatuto les van a conducir

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

a copiar las soluciones estatales. Si constituyeran dichas soluciones técnicas eficaces y mejores, ¿por qué no haberlas expuesto como tales sin perjuicio de que cada Administración pública pudiera conformar otras? El sistema por el cual la Ley de Bases, era al mismo tiempo la Ley estatal aplicable a la Administración General del Estado, si bien pudiera tener la dificultad de tener que precisar lo básico y lo que no lo era, deviene más realista, en cuanto no todas las Administraciones públicas tienen la misma capacidad y preparación técnica, sin perjuicio de que todas hayan de ser consideradas mayores de edad. Pero es que además la cuestión conecta con otras como la movilidad entre Administraciones públicas que luego hemos de analizar, pero que se ha deslegalizado prácticamente, siendo así que afecta a un derecho fundamental tal como la libre circulación de los trabajadores, sean o no funcionarios. La cuestión no es la simple aplicación de un sistema de evaluación en una organización pequeña o empresa, afecta a todo el sistema organizativo público.

El desarrollo de este artículo es un verdadero problema para las Comunidades Autónomas, a menos que estimen que se puede hacer por vía reglamentaria y se limiten en sus leyes a reproducir los principios estatutarios. En toda esta cuestión hay que tener en cuenta que del Estatuto de 1918 a aquí se ha pasado de unos ascensos por simple antigüedad o mediante oposiciones a un sistema en el que el puesto de trabajo tiene importancia, en el que desaparecieron las categorías y en el que la antigüedad sólo contaba a efectos de trienios y, en su caso, según el puesto ocupado, para la consecución de un grado; por tanto no se

cuenta con experiencias concretas en un sistema de evaluación sobre los principios establecidos⁹.

Hecha esta valoración general, veremos algunas cuestiones concretas derivadas del artículo.

La primera de ellas, proveniente de la falta de concreción de los sistemas de evaluación, dejados en manos de cada Comunidad Autónoma, es que en la definición de lo que constituye la evaluación del desempeño se dice que es el procedimiento por el cual se mide y valora *la conducta profesional y el rendimiento o el logro de resultados*. Lo que significa una conducta profesional está sujeto a interpretaciones, pero es indudable que guarda íntima conexión con los conocimientos, con la dedicación, con la ética profesional y con los resultados, rendimiento y logros correspondientes. Pero ello implica unos procedimientos de control de la actividad de cada funcionario, que, a su vez depende en buena parte de la de sus superiores y sus órdenes y también de una organización al efecto, para que verdaderamente se cumplan los principios del punto 2 del artículo. La variedad de funciones, actividades, cuerpos, escalas, puestos de trabajo en una Administración pública, la mayor o menor complejidad de la actividad o conocimientos a aplicar en ella, hace muy compleja la tarea. Basta pensar, por ejemplo, en la evaluación de actividades jurídicas o sanitarias, de ingeniería, arquitectura, etc.¹⁰, sin perjuicio de la conexión de todo el sistema con el de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

⁹ El artículo reseñado en la nota anterior refleja claramente los problemas de la evaluación y sus diferentes perspectivas: racional y política.

¹⁰ Quién tenga interés en conocer algunos ejemplos de sistemas de evaluación establecidos y de efectos perversos puede leer el trabajo de **Gabriel Doménech Pascual** “*La perniciosa influencia de las retribuciones variables de los jueces sobre el sentido de sus decisiones*” http://www.indret.com/pdf/569_es.pdf

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Existe una gran dificultad, pues, en la simple fijación del procedimiento, que además se somete a las reglas del procedimiento administrativo y de sus resoluciones y consecuente proceso contencioso administrativo, pero es que, también, el resultado de la evaluación ha de surtir efectos en la carrera administrativa de cada empleado y, por tanto, aun cuando se remita sólo a la horizontal, vemos que afecta a la provisión de puestos de trabajo y a los baremos correspondientes y, finalmente, a las retribuciones complementarias, éstas según un artículo 24 íntimamente conectado con este 20. Es decir, el sistema de retribuciones complementarias es dependiente del de la evaluación para el desempeño. Y todo el sistema, tal como se diseña y conociendo la gestión de personal en nuestras Administraciones públicas, puede quedar pendiente de una resolución judicial y los empleados sujetos a una jurisdicción contencioso administrativa, que considerará el sistema como técnico y de organización, sin perjuicio de la interpretación de si los procedimientos se sujetan a derecho en general o a los principios del punto 2 del artículo.

Pero como ya he apuntado, el estatuto parece partir de que cada Administración pública es un organismo cerrado equivalente a una empresa y que la evaluación o el sistema aplicable a el corresponde, como un ejercicio más de gestión. Pero desde mi punto de vista la Administración pública es un sistema conectado, sino ¿por qué es necesaria una ley básica? Esto no es EEUU, ni nuestra tradición se basa en la desregulación y sólo en la determinación de unos principios a los que acogerse. La movilidad es consustancial. Es evidente que es posible realizar sistemas de valuación si partimos de unidades concretas, pero la cuestión es más compleja, si consideramos dicha movilidad como derecho fundamental, sino se hace así se rompe un esquema jurídico

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

básico y se convierte a todas las Administraciones públicas en sistemas cerrados politizados y corporativos.

Volviendo a la regulación concreta y al artículo 20 resulta que, además, la evaluación puede dar lugar al cese del interesado en el puesto de trabajo. Por todo ello el punto 5 del artículo tiene que abundar que se requiere la previa aprobación de sistemas objetivos. Ello, además, significa que se opta por un sistema o perspectiva racional de la evaluación.

En definitiva, es precisamente ahí donde radica la dificultad y donde la Ley se desentiende, remitiendo en principio a otras leyes o, mejor dicho, a otras Administraciones públicas, lo que no excluye la vía del reglamento. Es verdad que el sistema se hace necesario y que no puede dejar de evaluarse el desempeño que cada funcionario realiza en su puesto de trabajo, pero en el sistema no puede dejar de tenerse en cuenta la valoración del inmediato superior y la objetividad requiere de pericia y de motivación y, según el sistema, del principio de contradicción. Dada la alta presencia de cargos políticos que son los superiores jerárquicos de funcionarios y de directivos públicos, el sistema establecido no permite la valoración subjetiva de corte político, en principio, o debe matizarse cuando afecta a los puestos de confianza y libre designación, excluidos en realidad del sistema en cuanto a su continuidad o no en el puesto. No basta en realidad con que una norma de desarrollo establezca un sistema, como en su día hizo la Ley valenciana y remita a un desarrollo reglamentario, sino que el problema es que se genera todo un sistema nuevo en la gestión de personal, juridificado y, probablemente, judicializado. Además, hay que tener en cuenta el grado de politización en el nombramiento y designación de altos cargos y de altos funcionarios que no garantiza que los mejores

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

estén en la cúpula de la organización, por lo que puede resultar que el evaluador sepa menos que el evaluado o desconozca la materia.

Un sistema como éste debe llevar aparejada una verdadera reforma de la gestión de personal y ello conlleva necesariamente un cambio en los esquemas de politización de nuestras Administraciones públicas. Politización que existe por los sistemas antes citados de nombramiento y designación y aún en el caso de que el sistema reserve el nombramiento en favor de funcionarios o la designación sea un sistema a ellos dirigido en la provisión de puestos de trabajo, pero sobre todo porque el mérito y la capacidad no se garantiza en ninguno de los dos sistemas. Pero ello forma parte de otros puntos de estos Comentarios

No obstante lo antedicho, es necesario hacer mención a que, dentro de las peculiaridades de la regulación o normativa relativa al personal docente, se han establecido sistemas retributivos que dependen de una evaluación previa de la actividad del cada profesor y que afectan a complementos retributivos por méritos docentes o por productividad y que se denominan corrientemente como quinquenios y sexenios. No constituyen pues retribuciones básicas sino complementarias dependientes de la superación favorable de una evaluación y que al menos incita al profesor a situarse en el punto en que dicha evaluación favorable se realiza, sobre todo en orden a la investigación y a las publicaciones.

Sólo cabe completar el comentario poniendo de relieve que el punto 4 del artículo al concretar el sistema de la continuidad en el puesto de trabajo a los puestos obtenidos por concurso, revela la realidad de que en los puestos de libre designación el sistema nunca será racional, sino, como hoy, de confianza y politizado, por lo que la posibilidad de un sistema racional, si existe, se reduce a los puestos de gestión y eso siempre que no se encuentren clasificados como de libre designación. La

zona decisonal y superior de la organización queda excluida en realidad del sistema y prima la evaluación o subjetividad del jefe superior. Si en esta zona se establecen sistemas objetivos resultará que a su vez se estará evaluando de hecho a los superiores de los evaluados y a la organización en su conjunto.

Capítulo III: Derechos retributivos.

Se aborda, pues, en este capítulo uno de los elementos básicos en la gestión de personal o de recursos humanos y que por lo analizado con anterioridad vemos que, en parte, el sistema retributivo ha de estar en conexión con el de evaluación del rendimiento personal. También hay que insistir en que se aborda este tema desde la perspectiva de la relación estatutaria, sin haber previamente reflejado la regulación de la estructura de nuestra función pública o empleo público, con el que guarda conexión. El capítulo se ocupa de las denominadas retribuciones básicas y de las complementarias y distingue las correspondientes al funcionario de carrera de las correspondientes a los interinos y a los funcionarios en prácticas. Se ocupa del sistema retributivo de personal laboral, por remisión. Por su íntima conexión los artículos 22, 23 y 24 se reflejan de modo seguido a los efectos de su comentario en conjunto.

Artículo 21: Determinación de las cuantías y de los incrementos retributivos.

1. Las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como el incremento de la masa salarial del personal laboral, deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos.

2. No podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal.

Poco comentario vamos a realizar respecto del artículo, en cuanto hay que considerar que se corresponde a los principios de legalidad presupuestaria y de la Hacienda Pública, de modo que todo incremento global y general de la retribuciones y salarios de los empleados públicos debe de ser objeto de aprobación o reflejo en los Presupuestos correspondientes; además de reflejar al efecto, en el punto 2, la competencia estatal para fijar con carácter general y anualmente el límite de la masa salarial.

La cuestión no tiene nada que ver con los incrementos retributivos de carácter individual consecuencia de actos administrativos concretos, como por ejemplo, los derivados de una reclasificación del puesto de trabajo que ocupa un funcionario.

Artículo 22: Retribuciones de los funcionarios.

1. Las retribuciones de los funcionarios de carrera se clasifican en básicas y complementarias.

2. Las retribuciones básicas son las que retribuyen al funcionario según la adscripción de su cuerpo o escala a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, y por su antigüedad en el mismo. Dentro de ellas están comprendidas los componentes del sueldo y trienios de las pagas extraordinarias.

3. *Las retribuciones complementarias son las que retribuyen las características de los puestos de trabajo, la carrera profesional o el desempeño, rendimiento o resultados alcanzados por el funcionario.*

4. *Las pagas extraordinarias serán dos al año, cada una por el importe de una mensualidad de retribuciones básicas y de la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo aquellas a las que se refieren los apartados c) y d) del artículo 24.*

5. *No podrán percibirse participación en tributos o en cualquier otro ingreso de las Administraciones públicas como contraprestación de cualquier servicio, participación o premio en multas impuestas, aun cuando estuvieren normativamente atribuidas a los servicios.*

Artículo 23: Retribuciones básicas.

Las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

a) *El sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo.*

b) *Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio.*

Artículo 24: Retribuciones complementarias.

La cuantía de las retribuciones complementarias de los funcionarios se establecerán por las correspondientes leyes de cada Administración Pública atendiendo entre otros a los siguientes factores:

a) *La progresión alcanzada por el funcionario dentro de la carrera administrativa.*

b) La especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo o las condiciones en que se desarrolla el trabajo.

c) El grado de interés, iniciativa y esfuerzo con el que el funcionario desempeña su trabajo y el rendimiento o resultados obtenidos.

d) Los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada laboral.

De los artículos reflejados resulta, en primer lugar, una distinción entre retribuciones básicas y retribuciones complementarias, que se puede decir que desde 1964 constituye ya un clásico en la función pública. Las **básicas** tienen como referencia la pertenencia del funcionario a un cuerpo o escala, pero con la matización de la adscripción de dicho cuerpo o escala u sistema organizativo correspondiente a un determinado Subgrupo o Grupo de clasificación profesional de los regulados en el artículo 76 de la Ley. Sistema que implica una misma retribución básica para todos los cuerpos, escalas, etc. adscritos o clasificados en un mismo Subgrupo o Grupo, según los casos.

Este sistema, en realidad, ya adoptado por la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, acabó con el sistema de coeficientes multiplicadores por Cuerpos, que veían a determinar la cuantía de la retribuciones, de modo que se acabó también con las continuas reivindicaciones corporativas para alcanzar coeficientes superiores al otorgado o su equiparación con otros cuerpos mejor considerados. Con el sistema de los Grupos es la pertenencia a un mismo Grupo o Subgrupo de titulación la que determina el sueldo y los trienios. Es, pues, la titulación exigida para el ingreso en el cuerpo o

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

escala, la que determina realmente el sueldo del funcionario de carrera, así como la antigüedad en el Grupo o Subgrupo, en el caso de los trienios.

Quizá lo que más interesa destacar es que estas retribuciones básicas se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y por ello son iguales para todas las Administraciones públicas, mientras que como resulta del artículo 24, las retribuciones complementarias se establecen por las leyes de cada Administración. Esta cuestión evidencia la serie de paradojas y contradicciones que presenta nuestra regulación de la función pública, en cuanto ésta es de un lado una parte de la estructura de poder del Estado y de cada una de sus Administraciones públicas, por tanto, en cuanto es un problema de organización y estructura de cada Administración pública en la que gozan de una potestad propia y, finalmente, en cuanto es necesaria la efectividad de un principio de igualdad, de modo que los funcionarios españoles no sean tratados de modo muy diferente en unas u otras Administraciones públicas. Pero en este caso existe una razón primordial y es que las retribuciones básicas son las que sirven para determinar las pensiones de los funcionarios públicos a partir de su jubilación, que corren a cargo de los Presupuestos Generales del Estado. Así el Estado sujeta claramente este campo y deja, con fundamento en la potestad de autoorganización, que cada una de sus Administraciones públicas fije las retribuciones complementarias, pero no sólo en cuanto a su cuantía o importe, sino que no hace como la Ley 30/1984 que fijaba los tipos o clases de complementos, sino que sólo establece los factores en los que basarse para establecer complementos concretos. No cabe considerar del todo lógico el sistema, pero es el fruto de la configuración autonómica de nuestras Administraciones y naturalmente de su responsabilidad.

No puede, sin embargo, dejar de hacerse referencia a la cuestión que plantean los Subgrupos del Grupo A, pues en este caso, atendido el artículo 76 que más adelante analizaremos, es decisión estatal o debe de serlo la agrupación o adscripción de los cuerpos con título universitario de grado en uno u otro de los subgrupos. Lo que no es un proceso tan automático como el que resulta en los Subgrupos del Grupo C, si bien nos sirve de guía la previsión de la disposición transitoria tercera del Estatuto que provisionalmente equipara el subgrupo A2 al Grupo B) de la anterior regulación y existente a la entrada en vigor del Estatuto, pero que no nos indica claramente la distinción que se efectúe entre los Titulados universitarios de Grado. A falta de un conocimiento exacto del nuevo modelo de las titulaciones de grado, es posible pensar que la adscripción a uno u otro de los subgrupos del grupo A puedan resucitar las comparaciones y reivindicaciones que provocaron los coeficientes multiplicadores.

No plantean otras cuestiones las retribuciones básicas, pues la concepción de los trienios aparece de modo claro y vinculada a la mera antigüedad, sin conexión, pues con sistemas como el de los denominados quinquenios o sexenios del personal docente. Sólo hay que hacer referencia a la existencia de las pagas extraordinarias, que también corresponden en las clases pasivas de ahí su regulación tan concreta.

Sin embargo, antes de analizar las retribuciones complementarias hay que referirse a la prohibición que establece el punto 5 del artículo 22, que he de confesar que, en cierto modo me sorprende, pues me remite a tiempos pretéritos que creía totalmente superados, en los que las tasas que se percibían por determinados servicios se utilizaban para complementar las retribuciones de los cuerpos de funcionarios que realizaban el servicio correspondiente y que la reforma de 1964 eliminó. Que ahora se insista en esta prohibición hace pensar que el sistema no

está totalmente eliminado o que se pretende que no se reproduzca, en virtud del margen otorgado a cada Administración pública.

Respecto de las retribuciones *complementarias* el artículo 24 no especifica complementos concretos, como ya he comentado, sino, simplemente, los criterios o razones, que denomina factores, por los que pueden ser establecidas. No hay, pues, una ejemplificación y no se hace referencia a los sistemas existentes hasta el momento que se basaban en un complemento de *destino*, en el del *puesto de trabajo* que tenía en cuenta sus características, responsabilidad, dedicación, dificultad, peligrosidad etc., y en el de *productividad*, básicamente. En el artículo estas posibilidades están abiertas y destaca que hay un complemento que tiene en cuenta la progresión alcanzada por el funcionario, es decir, su carrera administrativa y la evaluación de su desempeño; así como la posibilidad de servicios extraordinarios, que al circunscribirse a los prestados fuera de la jornada normal de trabajo, nos sitúa antes las denominadas horas extraordinarias, como ejemplo típico.

Algunas de estas retribuciones, pues, dependen del sistema de carrera administrativa y de evaluación que cada Ley de desarrollo establezca. Ello se deduce de la conexión del apartado a) del artículo 24 con el sistema de carrera horizontal, de tal manera que existirán retribuciones complementarias vinculadas a la categoría, al grado o al escalón correspondiente.

De los cuatro apartados que definen los factores retributivos sólo el b) se refiere al puesto de trabajo propiamente dicho, los restantes tiene mucho más que ver con la actitud y rendimiento del funcionario, lo que hay que considerar como un punto favorable, pero dependiente del establecimiento de sistemas objetivos de evaluación. Si bien puede que en algún otro punto tengamos que hacer referencia a ello, no puede olvidarse que persona y puesto de trabajo forman realmente una unión y

dependencia mutua, de tal manera que las características de un puesto de trabajo pueden depender o conformarse en función de la actividad del funcionario y que la descripción inicial del puesto puede quedar mermada o superada por dicha actividad, por ello la evaluación es importante, pero hay que conectarla con la clasificación y la relación de puestos de trabajo. También hay que recordar, por lo que se refiere al apartado c) lo ya comentado al analizar la evaluación del desempeño sobre el sistema de quinquenios o sexenios, por ejemplo.

Artículo 25: *Las retribuciones de los funcionarios interinos.*

1. Los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que no tengan Subgrupo. Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b), c) y d) del artículo 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.

2. Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo.

El artículo sólo provoca el comentario relativo al hecho de que la diferencia retributiva más importante para el interino es que no tiene carrera administrativa como ya hemos señalado al analizar el artículo 16, hecho que no impide que pueda ocupar puestos de trabajo de un nivel superior al que puede denominarse de entrada o base. Esta cuestión de los puestos bases o de entrada se manifiesta en el inciso final del punto 1 del artículo, en el que el legislador de modo subconsciente se refiere a la *categoría* de entrada, siendo así que la carrera horizontal no se basa únicamente en la categoría como sistema. Lo lógico en este caso es

aludir al puesto de entrada en cada Cuerpo. En conclusión el funcionario interino no tiene carrera horizontal.

El punto 2 manifiesta exclusivamente que ha de haber un proceso o procedimiento de reconocimiento de trienios a las personas que han prestado servicios interinos con anterioridad a la entrada en vigor del estatuto y que sólo los percibirán a partir de dicha entrada y naturalmente, aunque no se diga, en tanto estén prestando servicios.

Artículo 26: *Retribuciones de los funcionarios en prácticas.*

Las Administraciones Públicas determinarán las retribuciones de los funcionarios en prácticas que, como mínimo, se corresponderán a las del sueldo del Subgrupo o Grupo, en el supuesto de que este no tenga Subgrupo, en que aspiren a ingresar.

Las cuestiones que implica este artículo no son de interpretación de su contenido, sino de consideración de las funciones de cada cuerpo, escala o tipo de puestos de trabajo a desempeñar por el aspirante y si la práctica implica en realidad el desempeño de un puesto de trabajo o el paso por diversos, por ejemplo, o simplemente la superación de un curso. Ya que en el primer caso no existiría inconveniente en que percibiera las retribuciones complementarias del mismo, salvo que con ello se produjeran diferencias entre los funcionarios en prácticas. En realidad en el Real Decreto 456/1986 ya estableció un distinto criterio si el funcionario desempeñaba un puesto de trabajo o no, en el primer caso permite la percepción de las retribuciones derivadas del puesto y en el segundo sólo las básicas. También distingue si el funcionario de nuevo ingreso ya lo es y proviene de otro Cuerpo, en cuyo caso podía optar entre las retribuciones de su puesto de origen o las que se establezcan para los de nuevo ingreso

Lo más sencillo, pues, resulta ser acogerse al mínimo establecido. No obstante, tampoco puede excluirse que los funcionarios en prácticas puedan desempeñar servicios extraordinarios de los previstos en el apartado d) del artículo 24 o que puedan ser tenidas en cuenta otras circunstancias, pero hay que reiterar que no es conveniente que se marquen diferencias retributivas entre estos funcionarios, pues la práctica es más un aprendizaje que un desempeño propiamente dicho.

Artículo 27: *Retribuciones del personal laboral.*

Las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto.

El artículo en sí no precisa explicaciones pues es claro en cuanto a su remisión a la normativa laboral y sus límites, sólo cabe señalar que el hecho de que los convenios colectivos sean un instrumento de fijación de las retribuciones y la existencia de unas Mesas Generales de negociación, tal como se regula en el artículo 36 del Estatuto, hacen que lo normal es que los sistemas retributivos entre funcionarios y laborales tiendan a ser los mismos, pero no queda descartada la existencia de posibles diferencias y, en su caso, de reivindicaciones en pro de la igualdad. Los problemas, pues, son los que se comentaban al analizar el artículo 11 y, como consecuencia, las diferencias retributivas entre empleados públicos sólo pueden nacer de una sustancial diferencia intrínseca en su naturaleza o actividad y trabajo.

Artículo 28: *Indemnizaciones.*

Los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio.

Tampoco este artículo da pie a mucho comentario ya que las indemnizaciones por razón de servicio son siempre objeto de regulación específica, limitándose el Estatuto a establecer realmente el derecho a las mismas, naturalmente condicionado por dicha regulación. Comentar el sistema de indemnizaciones o las posibilidades de su cambio constituiría, pues, un análisis de la normativa vigente apartado de la finalidad de estos comentarios.

Artículo 29: Retribuciones diferidas.

Las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivo que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa de los Planes de pensiones.

Las cantidades destinadas a financiar planes de pensiones o contratos de seguros tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida.

Este sistema, aun cuando no previsto en la Ley 30/1984, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, se ha regulado en las Leyes de Presupuestos, desde el año 2003 y, respecto de los funcionarios, ha venido atendiendo al grupo de clasificación y a la antigüedad y respecto del personal laboral determinaban que el sistema se hará de forma equivalente al personal funcionario.

La realidad de este sistema es su repercusión en el orden fiscal o las ventajas que ofrece en el mismo o el complemento que significa en el caso de pensiones bajas, teniendo en cuenta la opción posible entre su percepción mensual o de una sola vez. En la empresa privada su origen es, prácticamente, el de un premio a la fidelidad o permanencia en ella, o de atención al cumplimiento de los objetivos, o resultados o proyectos empresariales a medio y largo plazo.

Artículo 30: *Deducción de retribuciones.*

1. Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador.

2. Quienes ejerciten el derecho de huelga no devengarán ni percibirán las retribuciones correspondientes al tiempo en que hayan permanecido en la esa situación sin que la deducción de haberes que se efectúe tenga el carácter de sanción, ni afecte al régimen respectivo de sus prestaciones sociales.

El sistema establecido en este artículo tiene su razón de ser en el escape de la normativa sancionadora o disciplinar de los funcionarios que una vez reconocido el derecho a huelga de los funcionarios no permitía considerar sancionable su ejercicio, de ahí la simple consideración de que lo existente era simplemente una lógica deducción de los haberes por la jornada dejada de trabajar, criterio que se extiende a la ausencias injustificadas e incumplimientos de jornada, simplificando claramente el procedimiento, y tiene su reflejo legal en el artículo 36 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Administración del Estado para 1992, que modifica la

Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública y dice que “La diferencia, en computo mensual, entre la jornada reglamentaria de trabajo y la efectivamente realizada por el funcionario dará lugar, salvo justificación, a la correspondiente deducción proporcional de haberes.”, y deroga los artículos 31.2 de dicha Ley y el 14 apartado d) y el 17, segundo párrafo, del Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado.

Se evitaron así las reclamaciones que en su día consideraban que la deducción de haberes por estas razones bien constituía una sanción o una restricción al derecho a huelga.

Capítulo IV: Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión.

Tal como se señaló al inicio de estos comentarios, este capítulo se analiza de modo general y no de la manera más pormenorizada de los anteriores, en razón de su especificidad y escaso margen de desarrollo y al afectar a una materia que, desde mi perspectiva y preocupaciones básicas, interesa por sus repercusiones en el ámbito jurídico y organizacional, pero no en su detalle y propia organización.

El capítulo consta de 16 artículos, uno que establece los principios generales, siete que contemplan las cuestiones relativas a la negociación, cuatro dedicados a la representación, dos al procedimiento electoral, uno que se ocupa de la solución extrajudicial de conflictos colectivos y un último artículo sobre el derecho de reunión.

Sin embargo, hay que hacer constar que más adelante en el artículo 61 dedicado a los sistemas de selección de personal, en su punto 7, se 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*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

los procesos selectivos. Como vemos se alcanza a cuestiones que no son propiamente condiciones de trabajo.

El artículo 31 que establece los *principios generales* señala los derechos que tienen los empleados públicos en las materias o campos citados, es decir tanto los funcionarios como el personal laboral, pero hay que tener en cuenta la excepción en cuanto a la negociación colectiva del personal directivo que establece el artículo 13.4. Pero desde nuestra finalidad lo que interesa remarcar es que estos derechos lo son para la *determinación de sus condiciones de trabajo*; es decir que no son para determinar lo que es derecho con carácter general o concreto o para establecer la organización de las Administraciones públicas, por lo que, en cualquier caso, la negociación, representación y participación lo son en cuanto a lo que afecta a las condiciones de trabajo. La cuestión se reitera al definir lo que constituye la negociación colectiva. No obstante ya hemos visto el punto 7 del artículo 61 del Estatuto.

Otra cuestión destacable es la que plantea el artículo 31 en su punto 6 al establecer que las *Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública están legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección*. Y ello porque, entendemos que esta legitimación debe conectarse, como resulta lógico, con el artículo 19 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso – administrativa que limita la legitimación de las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades referidas en el artículo 18, en cuanto resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos *colectivos*. Lo que viene a cuenta de la defensa que se realiza por dichas organizaciones de derechos de los funcionarios en orden individual, lo que es posible en

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

cuanto el funcionario está legitimado para defender por sí mismo sus derechos subjetivos e intereses legítimos como tal, o en cuanto el abogado de los sindicatos actúe en el orden individual, pero no lo es en cuanto organización sindical si lo afectado no son los derechos e intereses legítimos colectivos. No obstante, hay que reconocer que a veces la distinción conlleva una carga de conceptos y matices que complican la materia.

El artículo 32, aun cuando el artículo anterior se refiere a todos los empleados públicos, remite la negociación colectiva, representación y participación de los *empleados públicos con contrato laboral* a la legislación laboral, sin perjuicio de los artículos del estatuto que expresamente les sean de aplicación.

Del artículo 33, dedicado a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, destaca, en primer lugar, la enumeración de los principios a que se sujeta; sujeción que hay que entender referida al resultado de la negociación. Estos principios son los de: *legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia*. Es evidente que no es posible realizar acuerdos contrarios a la legalidad y de ahí el primer principio que no precisa de comentario, salvo por lo que se refiere a que cuestión de legalidad es que los acuerdos se desenvuelvan en el ámbito de la condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y que éstas no pueden afectar a la potestad de organización de la Administración pública; determinar lo cual no es un ejercicio sencillo.

Pero interesa comentar la relación existente entre el principio de cobertura presupuestaria y el de obligatoriedad, pues ambos pueden resultar conectados. Es decir se puede dar el caso de que se tome un acuerdo y no exista cobertura presupuestaria y, al mismo tiempo, ésta última cuestión presenta diferentes aspectos, pues puede que no exista

crédito al efecto acordado o, simplemente, que el existente no sea suficiente. Sea como sea, inicialmente, habría que considerar que no es posible tomar acuerdos si no hay presupuesto para satisfacer su contenido y que ello constituiría un típico efecto de ilegalidad e incluso de nulidad de pleno derecho como se da en otros campos; así, por ejemplo, en el ámbito contractual. En todo caso, la distinción entre pactos y acuerdos que efectúa el artículo 38 puede plantear otras cuestiones que abordaremos al referirnos a él. Este artículo 33, el 34, 35, y 36 se ocupan de las Mesas de negociación, distinguiendo las generales y las sectoriales, cuestión sobre la que sólo interesa destacar lo minucioso de la regulación y el punto 2 del artículo 33 en cuanto a la posibilidad de encargar el desarrollo de actividades de negociación a órganos, creados por la Administración pública correspondiente, y de naturaleza estrictamente técnica, si bien sujetándose a previas instrucciones políticas y sujetos a la aprobación de los órganos de gobierno o administrativos competentes.

Estos artículos se refieren inicialmente a los funcionarios públicos, si bien del artículo 36.3 resulta que a efectos de negociación y respecto de la Mesa General de negociación se ha de realizar una apreciación de las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, cuestión que parece que es la determinante de las cuestiones o artículos del Capítulo que pueden ser de aplicación al personal laboral, lo que entiendo que implica el tener en cuenta las materias del Estatuto en general que afectan tanto a funcionarios como laborales, teniendo en cuenta el artículo 37.

Este artículo 37 se ocupa de las materias objeto de negociación y cuyo contenido, para mejor comprensión de la materia, se refleja a continuación:

1. Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, las materias siguientes:

a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas.

b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.

c) las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión y sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.

s) Los planes de Previsión Social Complementaria.

f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.

g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.

h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

i) Los criterios generales de acción social.

j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.

k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios cuya regulación exija norma con rango de Ley.

l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a la condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Conviene seguir reflejando el artículo y exponer el punto 2 del mismo en el que se establecen las materias que quedan excluidas de negociación y que son las siguientes:

a) Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización.

Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones Sindicales a que se refiere este Estatuto.

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.

c) La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo.

d) Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica.

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.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Las cuestiones que plantea el artículo, como es lógico, son las que plantea la negociación como tal, pues en ella juegan el papel principal dos ideas o conceptos: las condiciones de trabajo y la potestad de organización de las Administraciones públicas y, además, no deben de olvidarse nunca los intereses públicos o generales, en cuanto, aun cuando no consta referido, en todo caso existe un tercer interesado que es el ciudadano que puede ser afectado indirecto o, en algunos casos, directo de la negociación. No puedo exponer todas las cuestiones que al efecto pueden suscitar la redacción del artículo, pero es evidente que condiciones de trabajo y potestad de organización se entrecruzan frecuentemente, en cuanto cualquier decisión organizativa suele afectar al personal y modificar la estructura, por ejemplo, y con ella a la situación individual del funcionario o trabajador. La prueba de ello es que en el punto 2 del artículo, en el segundo párrafo del apartado a), se establece que también en caso de decisiones tomadas en ejercicio de potestades de organización si tienen repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos procederá la negociación. La referencia se realiza a los funcionarios públicos y no a los empleados públicos en general.

Pero desde mi punto de vista la cuestión está cargada de matices pues una cosa son las condiciones de trabajo de los funcionarios que, desde mi punto de vista, deben considerarse como un concepto omnicomprendivo de los mismos como grupo y otra la afectación a situaciones jurídicas individualizadas de un funcionario o varios, que ya sabemos que la jurisprudencia viene solucionando desde la perspectiva que frente a la potestad organizatoria no existen derechos adquiridos, cuestión si se quiere discutible o también plagada de matices pero que hay que tener en cuenta a los efectos de interpretar la normativa referida a las materias negociables. En el fondo, pues parece que la pauta a

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

considerar es si la organización que se programa o que supone un cambio es meramente tal o afecta a derechos colectivos de los empleados públicos, en este último caso es, desde mi punto de vista cuando el asunto es negociable. Las cuestiones que plantea, por ejemplo una reorganización o un proyecto organizativo nuevo, desde mi punto de vista no conlleva a una negociación propiamente dicha sino a una participación de los sindicatos a efectos de determinar su bondad y eficacia y que deben sustanciarse a través de soluciones técnicas tales como el informe de la Juntas y delegados de personal que prevé el artículo 40 del Estatuto en su apartado b), en los casos de implantación o revisión de los sistemas de organización y métodos de trabajo.

Algunos casos, nos pueden ayudar a ver que en cierto modo se deja un margen discrecional o si se quiere equívoco por la que determinados asuntos se negocien y conlleven un proceso decisorio dilatado en el tiempo y afectando a intereses generales o de los ciudadanos en general, cuando pueden considerarse simplemente como potestad de organización no negociable. Por ejemplo en el apartado c) del punto 1 del artículo se contempla como materia negociable las normas que fijen los criterios generales de acceso, hay que entender que a la función pública. Dicho acceso no puede considerarse como condición de trabajo, pues afecta a personas que no tienen la condición de funcionario, no es lo mismo si nos referimos como acceso a la promoción interna horizontal, en donde es posible la negociación, pues presenta aspectos tanto organizativos como de condición de trabajo entendiendo como tal la carrera profesional. Esta posible negociación abarca al acceso en general según este punto y apartado y no su regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas,

criterios, órganos y procedimientos de dicho acceso al empleo e incluso promoción profesional.

Vemos pues cierta contradicción con lo aquí dicho y lo ya comentado del artículo 61.7 y todavía más si se contempla el artículo 60.3 que sólo permite la pertenencia a órganos de selección a título individual sin que pueda ostentarse esta representación o por cuenta ajena, lo que fuerza a preguntarse respecto de cuál sería el alcance real de la negociación prevista en el segundo párrafo del artículo 61.7. De otro lado, por ejemplo, si entendemos la oferta de empleo público como acceso, ante la ambigüedad del Estatuto respecto de las vacantes, por desconexión con el artículo 10.4, que deben incluirse en aquélla, al referirse el artículo 70 a que mediante la Oferta se proveerán *las necesidades de recursos humanos*, podemos acabar considerando que llegara a negociarse con las organizaciones sindicales cuáles son dichas necesidades limitándose realmente el acceso de los ciudadanos a la Administración y favoreciendo situaciones fácticas producidas en la ocupación de puestos de trabajo de las Administraciones públicas. Hay que recordar que todo depende del concepto plazas del artículo 10.4 citado y no de las vacantes realmente ocupadas por los interinos, lo que puede dar lugar a los favoritismos citados ante el desconocimiento del ciudadano de la situación real y de la técnica de la distinción entre plazas y puestos de trabajo.

Por las implicaciones jurídicas que puede suponer y dados los comentarios ya realizados en orden al principio de cobertura presupuestaria que mantiene el artículo 33, conviene detenerse un poco en el artículo 38 que se regula los Pactos y Acuerdos. Los primeros se celebran sobre *materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba*, y su aplicación es directa al personal del ámbito correspondiente.

Los Acuerdos *versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas*. Necesitan para su validez de la aprobación expresa y formal de los citados órganos y su aplicación es directa una vez ratificados y afecten a temas que *puedan ser decididos de forma definitiva* por aquéllos. Si bien el artículo señala que la aplicación directa puede serlo *sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente*.

Como vemos en la distinción existe una diferencia en cuanto los pactos no necesitan aprobación y los acuerdos sí, lo que significa que los primeros resultan de aplicación directa inmediata, si bien no se dice que ésta lo sea sin necesidad de que se requiera la modificación o derogación de la norma reglamentaria aplicable. Se plantean diversas cuestiones al efecto ya que en la distinción también juega un papel importante la cuestión de la competencia respectiva de los órganos competentes para realizar pactos o formalizar acuerdos. Esta cuestión nos remite a pensar en primer lugar, si unimos la competencia a la potestad reglamentaria o a la modificación de la norma aplicable, en el caso de los pactos, que ésta tendrá el nivel de orden ministerial o equivalente de las Comunidades Autónomas o en su caso de Instrucción o Circular, a las que formalmente y personalmente no les otorgo naturaleza de reglamentos, si bien materialmente pudieran serlo.

Pero, de otro lado, la cuestión no es tanto esta, ya que en todo caso lo que significa la distinción es que en el caso de los pactos, si afectan a una norma reglamentaria y exigen su modificación o derogación, no es posible su aplicación directa, sino que previamente ha de producirse la modificación o nueva formulación normativa. La cuestión es que puede haber competencias exclusivas de órganos que no son el gobierno de una Administración pública que no revistan la forma

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

de Orden, sino de Decreto, por ejemplo, y que el hecho de la regulación por norma con dicho rango obedezca a cuestiones políticas o administrativas y no a exigencias jurídicas o competenciales. En dicho caso la pregunta que surge es la de si atendemos al rango de la norma o a la competencia exclusiva del órgano en la gestión y decisiones correspondientes. La realidad es que lo más simple y lo oportuno es que si hay afección a la norma correspondiente, se atienda al rango de la norma, puesto que el cambio de la misma, de ser necesario, tendrá formalmente que acordarse por el mismo órgano que adoptó la decisión, por tanto por el gobierno correspondiente. Lo que no cabe duda es que si no se afecta a ninguna regulación reglamentaria entonces lo normal es que nos encontremos en el nivel de pactos que serán de aplicación directa.

El artículo también se refiere a lo que ocurre en el caso de que los Acuerdos ratificados traten sobre materias sometidas a reserva de Ley y cuya determinación definitiva, por tanto, sólo puede realizarse por los parlamentos correspondientes, careciendo de aplicación directa, pese a la ratificación gubernamental. Pero el gobierno correspondiente está obligado a elaborar, aprobar y remitir el proyecto de Ley correspondiente conforme al contenido del acuerdo. En el caso de que no haya ratificación o exista negativa a incorporar lo acordado al proyecto de Ley, se establece que, si lo solicita al menos la mayoría de una de las partes negociadoras, debe reiniciarse la renegociación.

Otra cuestión que se plantea tiene que ver con el principio de cobertura presupuestaria mantenido por el artículo 33, que hay que entender que en el caso de los pactos ha de regir plenamente y que condiciona la aplicación directa de los mismos, que no puede efectuarse en tanto no exista presupuesto. En cambio respecto de los acuerdos hay que atender a si puede estimarse que cabe considerar que es posible

decidir de forma definitiva cuando no existe crédito presupuestario, debiendo atenderse, estimo, en dichos casos, a si para la cobertura presupuestaria es necesaria o no la intervención parlamentaria, ya que en dicho caso no es posible la aplicación directa o inmediata.

El resto de artículos de este Capítulo IV no van a ser objeto de comentario, pues de modo general entendemos que afectan a cuestiones organizativas, sin perjuicio de la consideración que pueda hacerse del artículo 40 en cuanto a las funciones de las Juntas de Personal y los Delegados de personal, que no las consideramos negociadoras sino de participación.

Sin embargo, para finalizar, con carácter general y desde el punto de vista de la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas, es posible plantear la cuestión de la incidencia que puede tener en ella el procedimiento de negociación que la Ley establece y la repercusión de las consideraciones políticas que están implícitas en la negociación con los sindicatos, que hacen, en la práctica, que los límites que el Estatuto establece, mediante los conceptos de *condiciones de trabajo* y *potestad de organización*, se vean superados convirtiéndose las negociaciones en instrumentos políticos y de ineficacia administrativa en perjuicio de intereses generales y de los ciudadanos.

Capítulo V: Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones.

Este capítulo no va a ser objeto de comentario, ni se va a reflejar el contenido de sus artículos, pues sin que deje de tener interés al reflejar los avances que en los derechos de los funcionarios como trabajadores han obtenido, no guardan relación directa con el objeto primario de nuestros comentarios, sin perjuicio de que puedan tener incidencia en la gestión de personal o de recursos humanos. No obstante, si cabe hacer

referencia, a que el Capítulo actúa en defecto de legislación de cada Comunidad Autónoma, por lo que cada una de ellas puede establecer otros supuestos, efectos y duración en la materia.

Capítulo VI: Deberes de los empleados públicos. Código de Conducta.

Acabada con el Capítulo V del Título III, que venimos comentando, la exposición de los derechos de los funcionarios, los cuales ya hemos visto que, en su regulación, plantean verdaderos problemas de organización y gestión administrativa, el legislador se ocupa de regular o exponer los deberes y el código de conducta de los empleados públicos en general, que en cierto modo no pueden desligarse de los denominados fundamentos de actuación que establece el artículo 1.3 del Estatuto, ya comentado. El Capítulo refleja en un artículo inicial de modo general estos deberes y código de conducta que se pormenorizan en los dos artículos siguientes mediante una distinción entre principios éticos y principios de conducta, cuya línea separatoria no es ni mucho menos clara y terminante en algunos de sus casos, pues el no seguimiento de alguno de los principios de conducta puede implicar un comportamiento poco ético. Pero lo importante es la enumeración que se realiza y que la misma ha de conectarse forzosamente con el régimen disciplinario, el cual es objeto de regulación en el Título VII de la Ley; es decir los incumplimientos de los deberes que este capítulo establece, en buena lógica, deben de ser tipificados como faltas disciplinarias y, por ello, es forzosa la comparación de este capítulo con el referido Título VII, en su artículo 95. El legislador de desarrollo de este Estatuto es que en realidad ha de realizar esta operación comparativa.

El artículo 52, primero del capítulo, con el mismo enunciado de éste, es como hemos dicho el descriptor general y dice:

Los empleados públicos deberán desempeñar con diligencia las tareas que tengan asignadas y velar por los intereses generales con sujeción y observancia de la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, y deberán actuar con arreglo a los siguientes principios: objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio público, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez, promoción del entorno cultural y medioambiental y respeto a la igualdad entre mujeres y hombres, que inspiran el Código de Conducta de los empleados públicos configurado por los principios éticos y de conducta regulados en los artículos siguientes.

Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinarios de los empleados públicos.

Renuncio a distinguir cada uno de los principios que recoge el artículo para no caer en análisis de extensión desmesurada y que finalice en un ejercicio de conceptualizaciones con carga y trascendencia jurídica. Es decir, la mayor parte de los principios que enumera el artículo encierran conceptos que implican consecuencias jurídicas, como revela ya, simplemente, la conexión que la cuestión tiene con el régimen disciplinario. Pero además muchos de estos principios guardan conexión entre sí o pueden entrar en conflicto, por lo que, en este último caso, determinar si uno prevalece sobre otro, acaba también siendo un ejercicio conceptual jurídico. De otro lado, el alcance de cada principio también admite controversia, sin perjuicio de que los ejemplos recogidos

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

en los artículos anteriores puedan ayudar en su determinación. El problema también es que muchos de estos principios de ser cumplidos seriamente por los funcionarios públicos les pueden conducir a un permanente conflicto con los dirigentes políticos o politizados, siendo así que la mayor parte de los puestos altos de la organización son de libre designación y, por tanto, de confianza política en la realidad. La integridad, la responsabilidad, la transparencia, la observancia del ordenamiento jurídico pueden llevar a denuncias de conductas en el seno de la Administración pública que dependen de apreciaciones de lo que constituye o no derecho o infracción en su caso y de su carácter manifiesto o no, o, en su caso, de confidencial, que en tanto se sustancia como tal problema jurídico, supone un conflicto de relaciones en el seno de la Administración, que no se soluciona sólo con la enumeración de los principios y código que nos ocupan o con la definición de los deberes de los empleados públicos, si no se acompañan de bases organizativas que definan claramente el carácter de poder garantía de los funcionarios públicos y si no se acompaña también de un rearme ético de la clase política.

Por todo ello, siendo la enumeración necesaria y obligatoria, la realidad obliga a evidenciar que la cuestión deriva en un problema jurídico siempre y que, dicho esto, analizar cada uno de los principios que recogen los artículo 53 y 53 no constituye un ejercicio que debamos realizar en orden a la finalidad que perseguimos de analizar los puntos de desarrollo y gestión de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pues en este caso se diluyen en el régimen disciplinario o en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas o la personal de cualquier índole de políticos y funcionarios públicos. Por ello no se analizan ni reflejan los

mencionados artículo 53 y 54 que establecen los principios éticos y los principios de conducta.

5.- DEL TÍTULO IV ADQUISICIÓN Y PÉRDIDA DE LA RELACIÓN DE SERVICIO.

En este título se regula, en el Capítulo I, el acceso al empleo público y, por tanto, a la función pública, que supone el ejercicio de una parte del poder público, cuestión desde mi punto de vista de gran importancia y, sobre todo, afecta a los ciudadanos en general de tal modo que dicho acceso queda configurado como un derecho de todos ellos en el artículo 23.2, que se refiere a las funciones y cargos públicos pero no a toda clase de empleo público.

El otro punto que se regula en el Título es la pérdida de la relación de servicio, en el Capítulo II, que se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos, por lo que el personal laboral se rige por la normativa de dicho carácter.

Capítulo I. Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicio.

El capítulo, pues, se refiere al acceso a todo empleo público y no sólo al ejercicio de las funciones públicas que es, como he dicho, la referencia de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución y se ocupa de los principios que rigen dicho acceso, de los requisitos que han de cumplir las personas que pretendan acceder a los empleos públicos, con dedicación específica al acceso de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea o de los funcionarios españoles de Organismos internacionales y de las personas con discapacidad. Pero, además, se ocupa de la regulación de la configuración de los órganos encargados de la selección de los empleados y de los sistemas de

selección y dedica un artículo específico que regula la adquisición de la condición de funcionario de carrera. Analizaremos cada uno de los artículos.

Artículo 55: Principios rectores

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

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

a) Publicidad de las convocatorias y sus bases.

b) Transparencia.

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

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

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

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

Como ya se ha dicho en el comentario inicial referido al capítulo, el acceso al empleo público se configura como un derecho de los ciudadanos en general y lo importante es que la ley establece, para todo el empleo público, que dicho acceso debe hacerse de acuerdo o

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

conforme con los principios de igualdad, mérito y capacidad que es la exigencia que ya hemos señalado que la Constitución en sus artículos 23.2 y 103.3 reserva para el acceso a cargos y funciones públicas. Conceptos bastante más restringidos que el de empleos públicos como ya hemos visto al analizar el artículo 9 del Estatuto, pero que en realidad éste no perfila de modo claro y absoluto, al hacerlo depender de la regulación por el Derecho administrativo. La generalización a todo el empleo público significa la extensión del sistema de acceso, en principio, reservado a las funciones públicas y, por tanto, a cargos y funcionarios públicos, también al personal laboral y con una relación estatutaria sometida al derecho laboral.

Al efecto, desde mi punto de vista, creo que son posibles varios comentarios. El primero de ellos es que de la Constitución, en principio, sólo cabe referir el sistema de acceso en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos y que respecto de los funcionarios públicos el sistema alcanza, además, los principios de mérito y capacidad. El acceso de los cargos públicos se regula en otras leyes, en la Administración General del Estado por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado y en cada Administración de las Comunidades Autónomas por sus leyes de Gobierno o Estatutos en su caso. Ello hace pensar que el Estatuto que tantas otras situaciones se ha mostrado especialmente respetuoso con la autonomía de las diferentes Administraciones públicas, en este caso, no les permite que, en interpretación directa de la Constitución, establezcan diferentes sistemas de acceso a su organización para el personal laboral que para los funcionarios. Es decir, de esta decisión, si bien se ha considerado que existe un estatuto para los trabajadores y otro para los funcionarios según la Constitución (artículos 35.2 y 103.3), resulta que el acceso al empleo público es considerado como un elemento

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

organizativo de las Administraciones públicas y, por tanto, de carácter previo a la relación estatutaria propiamente dicha. El legislador estatal considera básico y común para todas las Administraciones públicas que el acceso a todo empleo sea de acuerdo con el sistema de igualdad, mérito y capacidad. No me muestro disconforme con la decisión, pues efectivamente creo que garantiza mejor el derecho de todos los ciudadanos al acceso al empleo público y que éste tenga su regulación específica que determine, incluso para los que su relación sea de derecho laboral, situaciones más beneficiosas que la de los laborales de una empresa privada o “privilegios” como se han dado en llamar a determinadas garantías establecidas para los funcionarios públicos, que en realidad lo son a favor de los ciudadanos y del derecho, o del equilibrio del poder ejecutivo en sus dos partes Gobierno y Administración o de límite o eliminación de cualquier patrimonialización de la estructura y de los organismos públicos.

Pero estando conforme con todo ello, no puedo dejar de evidenciar la contradicción que el hecho supone respecto de determinadas posiciones que propugnan el funcionamiento de la Administración como una empresa privada en virtud de una pretendida mayor eficacia, sobre todo dado que la Constitución, sea cual sea la configuración legal que se ofrezca de la función pública, ha distinguido el estatuto de los trabajadores del de los funcionarios. De tal manera que realizada la configuración clara y terminante de las funciones públicas y funcionarios públicos, no puede considerarse que una Comunidad Autónoma no pudiese optar por aplicar en el caso del personal laboral un sistema de contratación laboral puro y duro, pues no puede determinarse que ello fuera inconstitucional. Es evidente que el legislador ha considerado las consecuencias de que ello pudiera ser así y ha optado

por un sistema de selección común y básico y se lo impone a todas las Administraciones públicas.

Pero en este caso, cómo interpretamos las manifestaciones que realiza la Exposición de Motivos de la Ley, y que ya hemos comentado, cuando nos dice que *el régimen de la función pública no puede configurarse hoy sobre la base de un sistema homogéneo* y que cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, o cuando reitera *de otra parte, la apertura de mayores espacios a la autonomía organizativa en materia de personal es también necesaria para posibilitar la regulación diferenciada de los sectores del empleo público que los requieran*. ¿No son estos sectores precisamente el laboral y el funcionarial? Pero es que hemos visto que la Exposición de motivos se mostraba favorable a la contratación laboral como consecuencia de una superación del modelo u *organización burocrática tradicional, creada esencialmente para el ejercicio de potestades públicas...* y en su argumentación hace constar la aparición de una gran diversidad de o pluralidad de entidades y organismos dedicados a la prestación de servicios directos a los ciudadanos y señalando que esta diversidad *ha contribuido igualmente a la heterogeneidad actual de los regímenes de empleo público. La correcta ordenación de este último requiere soluciones en parte diferentes en unos y otros sectores y, por eso, la legislación general no puede constituir un obstáculo ni un factor de rigidez*. Sigo, aun cuando repita lo ya expuesto al inicio de estos comentarios, exponiendo el razonamiento previo de la Ley, pues a continuación de lo reflejado la Exposición continúa: *Antes, al contrario, ha de facilitar e impulsar las reformas que sean necesarias para la modernización administrativa en todos los ámbitos*.

En fin, la manifestación más significativa de esta tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

*Públicas a la contratación laboral. Si bien, por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país.., para insistir en la relevante extensión de la contratación laboral en el sector público, en el significativo porcentaje de personal laboral existente, para acabar en este punto al referirse al régimen laboral diciendo: *La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración.**

Bien, no cabe duda que en estos puntos late la consideración del régimen de contratación laboral y de relación estatutaria como más eficaz y flexible, pero cuando llega el primer momento para articular el sistema se desconsidera el primer aspecto y principal elemento diferenciador entre el acceso a la función pública y el empleo laboral: el contrato y la libertad de contratación de que goza el empresario privado. ¿Por qué? ¿No es de gran eficacia contratar mediante un sistema rápido y despedir si te has equivocado? La realidad es que ha aparecido el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a cualquier empleo público y que un sistema como el de la empresa privada, sin garantías, puede ser simplemente un sistema de nepotismo, amiguismo, clientelismo y favoritismos claros y que hay que evitar, pues se trata de empleos sostenidos por todos los españoles mediante su contribución al presupuesto y no un campo propio de una empresa y de voluntad y riesgo del empresario. El artículo 55 refleja lo que corresponde, la Exposición de motivos hace retórica y doctrina académica o de escuela de empresas y, también, propia de funcionarios de nivel directivo. El artículo hace lo que debió hacer la Constitución

configurar el empleo público como un derecho de cualquier ciudadano que cumpla con los requisitos que la ley establezca.

La realidad y las consideraciones de orden superior muestran que la primera “barrera” para establecer un sistema de gestión de recursos humanos eficaz como el de la empresa privada, resulta insuperable atendiendo al derecho público y los intereses generales de los ciudadanos. Por eso el artículo sigue estableciendo que todos los entes considerados en el artículo 2 del estatuto como Administraciones públicas han de aplicar, en la selección de los empleados públicos, procedimientos que garanticen los “principios constitucionales” manifestados y los siguientes que expone, que son complementarios, en el sentido de que manifiestan verdaderas garantías para que el acceso a los empleos públicos se realice de acuerdo con las señaladas igualdad, mérito y capacidad. Esta finalidad tienen, pues, los principios de publicidad, transparencia e imparcialidad y profesionalidad que recoge el punto 2 del artículo, el primero porque garantiza la concurrencia, el segundo porque permite conocer el proceso de selección y obliga a la motivación de las decisiones y garantiza el acceso de los interesados a los expedientes y la imparcialidad porque sólo permite que sea el interés general el que se tenga en cuenta, sin que sean posibles intereses subjetivos y parciales. La profesionalidad hay que entenderla como la especialización técnica de los miembros de los órganos de selección; es decir, exige su capacidad para establecer el juicio selectivo correspondiente y los conocimientos de las materias que forman parte del contenido de las pruebas selectivas, que, a su vez, en virtud del apartado d) del punto 2, han de adecuarse a las funciones y tareas a desarrollar, hay que entender que en los correspondientes puestos de trabajo o cuerpos de funcionarios.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Creo que merece comentario aparte el principio de la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, ya que el mismo cuando adquiere presencia es en el momento en que se plantea una reclamación, recurso o conflicto jurídico respecto de la valoración de las pruebas. Este principio hasta ahora presente en los procesos selectivos en virtud de la construcción realizada por la jurisprudencia contencioso administrativa, sólo juega su papel en el procedimiento administrativo de modo parcial, en cuanto es frecuente que la Administración revise la actuación de los órganos de selección, atendiendo incluso a la valoración técnica realizada, considerando informes, también técnicos, que permitían la corrección en cuanto se evidenciaba un error técnico o una valoración en la que se primaba una determinada postura sin considerar otras existentes o cuando se evidenciaba una injusticia o un trato desigual. Pero es que el principio donde jugaba un papel primordial y dogmático era en el ámbito jurisprudencial, ya que la jurisprudencia se refugia en la clásica alegación de que de sustituir los Tribunales el criterio administrativo o técnico se estaría administrando y no juzgando. Postura que apoyada, a su vez, en una concepción decimonónica de la separación entre Justicia y Administración, no resulta adecuada a los tiempos actuales y que es contradictoria con el hecho de que en vía administrativa sea posible sustituir el criterio técnico mantenido por el órgano de selección y no lo sea en vía judicial. La realidad es que estamos en el ámbito de la concepción y alcance de las denominadas potestades discrecionales y sobre cuyos límites ya me he pronunciado en otros de mis trabajos y que, por lo tanto y por economía, no vamos a repetir ahora. El problema radica en que sea ahora la Administración la que apoyada en este principio acabe confirmando siempre el criterio del órgano de selección,

sin atender a los factores y principios jurídicos que lo hagan discutible y, en su caso, anulable.

Artículo 56: Requisitos generales.

1. Para poder participar en los procesos selectivos será necesario reunir los siguientes requisitos:

a) Tener la nacionalidad española, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.

b) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas.

c) Tener cumplidos dieciséis años y no exceder, en su caso, de la edad máxima de jubilación forzosa. Sólo por ley podrá establecerse otra edad máxima, distinta de la edad de jubilación forzosa, para el acceso al empleo público.

d) No haber sido separado mediante expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, ni hallarse en inhabilitación absoluta o especial para empleos o cargos públicos por resolución judicial, para el acceso al cuerpo o escala de funcionario, o para ejercer funciones similares a las que desempeñaban en el caso del personal laboral, en el que hubiese sido separado o inhabilitado. En el caso de ser nacional de otro Estado, no hallarse inhabilitado o en situación equivalente ni haber sido sometido a sanción disciplinaria o equivalente que impida, en su Estado, en los mismos términos el acceso al empleo público.

e) Poseer la titulación exigida.

2. *Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales.*

3. *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.*

Dos aspectos de este artículo me parecen destacables en cuanto suponen algún cambio sobre la situación anterior, son las cuestiones que plantean los apartados b y c del artículo.

El apartado c) introduce una edad mínima para el ingreso que no coincide con la mayoría de edad, por lo que se introduce un factor distinto a la regulación anterior, ya que sin perjuicio de la regulación general del Código Civil y de la normativa especial aplicable como es la laboral, se trata de la posibilidad de actuar en la Administración pública de personas sujetas a la patria potestad, si no están emancipados. Entiendo que el campo de ejercicio de potestades públicas para el caso de tener que realizarse por menores tenía que haber sido reforzado por una manifestación legal de capacidad y responsabilidad, no como requisito previo, sino como consecuencia de la superación de las pruebas selectivas.

El requisito establecido en el apartado b) es el que encierra mayores dificultades, en cuanto la posesión o no de la capacidad funcional para el desempeño de las tareas, viene a sustituir al anterior de “No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones” que me parece más completo y claro. Pero aparte del posible alcance que se dé a la actual expresión del

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

requisito y de las repercusiones jurídicas que siempre están presentes en esta materia, en cuanto lo que se discute es si una persona está en condiciones o no de ingresar en la Administración pública o en alguno de sus Cuerpos de funcionarios o puestos de trabajo y de ejercer no sólo tareas sino funciones públicas, no se puede dejar de considerar el sistema existente o seguido hasta ahora en cuanto al cumplimiento de los requisitos.

Al respecto hay que tener en cuenta que la exigencia de la justificación del cumplimiento de los requisitos lo es para los que superan las pruebas selectivas, sistema que evita a la Administración, dado el elevado número de opositores que se presentan en algunos casos a las pruebas selectivas, la previa comprobación de documentos y la gestión que puede conllevar con requerimientos, aclaraciones, inadmisiones, etc. que retrasen el comienzo de la pruebas o las dejen pendientes de recursos jurídicos. El sistema resulta más eficaz pues, pero en el aspecto que nos ocupa, sin perjuicio de que en su momento hayan existido relaciones de enfermedades incapacitantes para el ejercicio de funciones públicas o de funciones determinadas o de las que conllevan la incapacidad permanente para el trabajo en general, lo que hay que resaltar es el procedimiento seguido de acreditamiento de la capacidad, que se ha remitido a la certificación del médico, normalmente del de la Seguridad Social al que corresponde tratar al aspirante o, en su caso, de cualquier médico.

Evidentemente el sistema es quizá el más cómodo, pero es susceptible de otro tipo de regulaciones y desarrollo y de matizaciones y especificaciones según funciones y profesiones. En algunos aspectos hay que considerar que se han dado retrocesos o que determinadas circunstancias de carácter preventivo desaparecieron, produciendo situaciones irregulares, basta pensar en la desaparición de medidas como

las que en su día supuso la campaña antituberculosa que exigía el certificado de no padecer la enfermedad y que por lo que hace a la educación y sanidad trataban de impedir el contagio, la infección y la propagación de la enfermedad y que hoy vuelve a plantear problemas. También hay que tener en cuenta la incidencia de enfermedades mentales en las incapacidades laborales y su posible diagnóstico previo al ingreso en la Administración. Y así un serie de cuestiones que conocidas desde los aspectos de la salud laboral, pueden determinar que la regulación de esta previa acreditación de la capacidad funcional se realice de modos distintos y no derive en problemas posteriores de gestión de recursos humanos o en jubilaciones de incapacidad permanente que no se hubieren producido con un funcionamiento adecuado del sistema de detección previo al ingreso en la Administración pública. Estas cuestiones no quedan solucionadas con la simple redacción del requisito en una Ley, exigen de una acción coordinada de los distintos departamentos de una Administración pública y de una legislación específica y, desde mi punto de vista, del Estado y de aplicación a todas las Administraciones públicas. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 61.5 que vemos más adelante.

De otro lado, el apartado podría guardar conexión con el punto 3 del artículo, si bien el requisito que establece este punto de que los otros requisitos de posible exigencia lo sean de carácter general y abstracto dificulta no sólo la conexión, sino que hace que este punto 3 quede muy abierto y menos comprensible, en cuanto que la relación objetiva que plantea con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, desde mi punto de vista, supone una concreción. Hay que tener en cuenta que todo requisito, implica una exigencia de capacidad y supone un límite a la participación en las pruebas. La conexión o establecimiento de otros

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

requisitos atendiendo a las funciones y tareas a desempeñar no puede ser considerado más que una concreción de límites a la participación en consideración a aquéllas. Otra cosa es que se establezcan para todos los aspirantes sin excepción.

Finalmente, queda por comentar el punto 2 del artículo que afecta a las Comunidades Autónomas con dos lenguas oficiales y que no aborda realmente el problema existente que no es otro que la falta de proporcionalidad en la consideración de la exigencia del requisito de la lengua oficial de la Comunidad Autónoma correspondiente y si llega o no a constituir un obstáculo a la movilidad territorial como derecho de todos los españoles. Decir lo que dice el artículo no es decir nada que no se sepa, ya que simplemente refleja una obvia necesidad de dichas Comunidades Autónomas, pero al referirse a la adquisición de la relación de servicio establece un requisito previo y como tal impeditivo, aunque el artículo no diga o establezca que haya de referirse a todos los puestos de trabajo de una Comunidad Autónoma. Es indudable que el fomento de las lenguas cooficiales y la compatibilidad de su exigencia con otros derechos pueden conllevar sistemas distintos al establecido. Pero esto guarda relación con el artículo 61.3.

Artículo 57: Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados.

1. 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.

A tal efecto, los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.

2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes.

3. El acceso al empleo público como personal funcionario se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

4. 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.

5. Sólo por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.

El artículo es reflejo del derecho europeo respecto de la libre circulación de personas en el ámbito de la Unión Europea y la interpretación que se dio por la jurisprudencia de su Tribunal o Corte de Justicia a la expresión “empleos en la administración pública” que

utilizaba el artículo 48.4 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, equivalente al actual 39 del Tratado de la Unión, que excluía la aplicación del artículo y, por tanto, de la libre circulación, a dichos empleos. Interpretación que consideró únicamente comprendidos en dicha expresión a los empleos que suponían o implicaban el ejercicio de poder público o que tenían por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de los de los entes locales; es decir, de las Administraciones públicas territoriales, en principio. La cuestión desembocó en la Comunicación 88/C 72/02 de la Comisión de las Comunidades Europeas ¹¹. Pero el tema que ahora se plantea no es hacer un recorrido histórico de la interpretación y conceptualización de los empleos excluidos de la libre circulación, sino la situación en que queda el Real Decreto 543/2001 que se ocupa de la cuestión y que se dictaba en aplicación de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre incorporación a la función pública española de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, ya que es el que en su momento determina los puestos de trabajo y empleos excluidos de la libre circulación y que presenta un Anexo en el que se relacionan las Escalas y Cuerpos excluidos, lo que no es otra cosa que lo que el artículo que comentamos exige, en el segundo párrafo de su punto 1, que se haga por cada Gobierno de las Administraciones públicas. Real Decreto que hemos de entender vigente en tanto no se dicten los mismos. Sin embargo, hay que hacer constar que no se trata sólo de determinar las agrupaciones (cuerpos, escalas, etc.) excluidas sino que la exclusión realmente puede alcanzar a puestos de trabajo concretos y no a todo un Cuerpo o Escala y que en la Administración general superior y en el nivel directivo existen puestos en los que se ejercen potestades y la

¹¹ De esta Comunicación ya me ocupé en mi trabajo *La selección de personal en la Administración Pública*, pgs. 40 y 41. Edit. IVAP Generalitat Valenciana. Conselleria d'Administració Pública. 1989.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

salvaguada que refiere el artículo y el derecho comunitario, pero otros en los que no.

Ciertamente esto complica la cuestión, pero la realidad es que del derecho comunitario la deducción más simple es la de considerar una separación entre la zona decisional, burocrática o de poder y la zona operativa o de prestación de servicios, pero no tanto de Cuerpos o agrupaciones en su totalidad. La exclusión, en realidad es más orgánica que otra cosa. La complicación nace realmente de haberse puesto el acento en el ejercicio de poder, ya que la doctrina jurisprudencial europea, al referirse al los **intereses generales** del Estado o de otras colectividades públicas, amplía mucho el campo de los posibles empleos excluidos. Creo que nada se opone a tener en cuenta el concepto de intereses generales y que ello llevaría a exclusiones zonales y orgánicas en las que se salvaguardan dichos intereses generales y no a las agrupaciones funcionariales como hace el derecho español, pues no deja de ser una defensa corporativa y no otra cosa.

Lo que finalmente resulta absurdo es la interpretación que se viene dando, en cuanto, por ejemplo, es posible que los nacionales de otros Estados puedan ser concejales en un Ayuntamiento y no en los puestos en los que se salvaguardan intereses generales o que no se pueda ingresar como Abogados en el cuerpo estatal o en otro en el que se ejerce dicha profesión de las Comunidades Autónomas pero sí ejercer la defensa del Estado español mediante contrato. La distinción entre lo que son intereses generales y los de éstos que son del Estado propiamente dicho, nos puede conducir a exclusiones de aquellas zonas u organizaciones en los que los intereses españoles puedan entrar en conflicto con intereses extranjeros, por ejemplo. Particularmente, pues, tras los años transcurridos desde el Arrét de la Cour del 12 de febrero de 1974, de Giovanni Maria Sotgiu contra Deutsche Bundespost, creo que

la situación obliga a contemplar organizaciones o zonas de las Administraciones públicas más que a cuerpos de funcionarios o llegar a la conclusión de que la exclusión del derecho comunitario alcanza al ejercicio de funciones públicas en general, como era la idea francesa en el inicio de la cuestión. Pero la realidad es, como hemos visto, que la indeterminación conceptual de las leyes españolas sobre el funcionario, al basarse tanto en las funciones como en el Derecho regulador, obliga a contemplar las funciones y los empleos, sobre todo en el nivel superior de la Administración general y del nivel directivo público propiamente dicho.

También estimo que la cuestión aún no ha planteado problemas que obliguen a la Unión Europea a revisar sus decisiones porque la movilidad no se ha producido en la zona decisional y burocrática de nuestras Administraciones públicas, sino en el área de servicios y prestacional, todo lo más.

Finalmente, del artículo, el punto 5 realiza una previsión o señala la posibilidad de que por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas pueda eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario. Por mi parte, mi experiencia no alcanza a poder determinar casos en los que sea posible que se produzca esta situación (sobre todo la afectación a intereses generales) y que pueda darse exclusivamente respecto de una Comunidad Autónoma; ello me hace pensar que si el legislador tenía en mente algún ejemplo podía haberlo expuesto. Tendrá que ser el desarrollo del estatuto o la casuística la que permita conocer el alcance real de esta base.

Artículo 58: Acceso al empleo público de funcionarios españoles de Organismos internacionales.

Las Administraciones Públicas establecerán los requisitos y condiciones para el acceso a las mismas de funcionarios de nacionalidad española de Organismos Internacionales, siempre que posean la titulación requerida y superen los correspondientes procesos selectivos. Podrán quedar exentos de la realización de aquellas pruebas que tengan por objeto acreditar conocimientos ya exigidos para el desempeño de su puesto en el organismo internacional correspondiente.

Nada hay que objetar a la decisión que supone este artículo, la única cuestión reseñable es que el sistema establecido guarda cierta relación con la promoción interna, en cuanto que tanto en dicho caso como en este se trata de procesos o pruebas selectivas y en cuanto que el contenido de las mismas se puede adaptar a la condición de funcionarios de los aspirantes, que en este caso determina que pueda no exigírseles conocimientos ya exigidos en el desempeño de su función; cosa que pudo igualmente determinar el artículo 18 del Estatuto para la promoción interna. En este caso, frente a la promoción interna el legislador no especifica que los procesos selectivos se ajusten a los principios de igualdad, mérito y capacidad, porque con carácter general se estableció en el artículo 55, primero del capítulo que nos ocupa.

Artículo 59: Personal con discapacidad.

1. En las ofertas de empleo público se reservará un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad, considerando como tales las definidas en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad, siempre que superen los procesos selectivos y acrediten su discapacidad y la compatibilidad con el

desempeño de las tareas, de modo que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de cada Administración Pública.

2. Cada Administración Pública adoptará las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad.

Desde el punto de vista jurídico el artículo no presenta problemas y los que existan son de corte organizativo, existiendo ya experiencia administrativa en procesos de este tipo. La única cuestión relacionable con lo aquí tratado es el tratamiento que en los procesos selectivos se dé en discapacidades temporales que, por ejemplo, pueden darse en casos de accidentes, enfermedades, etc. de los aspirantes que puedan solicitar por ello, mediante la acreditación fehaciente del hecho, que las pruebas también se adapten a su situación. Aunque no se trata de una discapacidad, recientemente hemos tenido ejemplos en que aspirantes internadas por parto, han sido examinadas en la misma clínica. Estas situaciones nos manifiestan la existencia de unos principios favorables a los aspirantes y a facilitarles la oportunidad de acceso al empleo público, sin que se lo impidan situaciones extraordinarias pero superables. Pero, naturalmente, el artículo no se ocupa de estos aspectos.

Artículo 60: Órganos de selección.

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 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.*

El artículo en general hay que considerarlo de modo favorable por varias razones. La primera, que en principio no constituía una necesidad técnica, es que al considerarse a los órganos de selección como colegiados, se remite su funcionamiento al procedimiento establecido para éstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, si bien el artículo refuerza el principio de imparcialidad. Queda más difuso el alcance del principio de profesionalidad que se predica de los miembros de los citados órganos, en cuanto este principio, puede significar tanto que dichos miembros sean profesionales de las materias que forman parte del contenido de las pruebas, como que la organización dedicada a la selección se profesionalice; es decir, se constituya como organización permanente al efecto, cuestión que el artículo siguiente prevé. Desde mi punto de vista, ya que el Estatuto se muestra muy respetuoso con la autonomía de cada Administración pública, entiendo que el principio puede alcanzar a cualquiera de estas soluciones o ambas a la vez.

Peor lo que me parece importante es la prohibición establecida respecto del personal de elección o de designación política, que hay que entender que son los cargos políticos, puesto que ha sido frecuente que formarán parte de los órganos de selección, además de haber influido claramente en su composición; es más, la presidencia de dichos órganos siempre se ha venido reservando a cargos políticos, sobre todo en las

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Comunidades Autónomas. Sin perjuicio de que el cargo político pueda poseer los conocimientos técnicos correspondientes, la prohibición ofrece una mejor imagen y favorece la profesionalidad que el artículo predica. El resto de prohibiciones son totalmente lógicas y lo absurdo es que se tengan que hacer explícitas, porque ello significa que se han dado casos en los que funcionarios interinos o personal eventual han formado parte de comisiones de selección.

También hay que destacar que el artículo no realiza una reserva a favor de funciones públicas o empleados para ser miembros de los órganos, ni establece una prohibición como la hasta ahora existente de que los órganos de selección estén formados mayoritariamente por funcionarios, si bien tampoco queda excluido que las leyes de desarrollo lo puedan hacer de modo general o parcial. Los principios a mantener son la imparcialidad y la profesionalidad.

El artículo no hace mención a la posibilidad de incorporación de asesores especialistas, tal como preveía, por ejemplo el artículo 13 del Reglamento estatal de ingreso y provisión de puestos de trabajo, por lo que este aspecto queda para cada ley de desarrollo o para el nivel reglamentario.

La exigencia contenida en el punto 3 del artículo también hay que estimarla positiva y la interpreto en el sentido que es la condición personal, o sea la capacidad técnica, la que determina la pertenencia al órgano de selección, por lo que aquella debe guardar relación con el contenido de las pruebas y del programa correspondiente. Pero, además, el que no se pueda pertenecer a los órganos de selección en virtud de representación o por cuenta de alguien, tiene consecuencias que rompe con situaciones habituales; así no cabe que nadie pertenezca en representación de un órgano político o administrativo, sin perjuicio de quién sea el que designe, tampoco en representación de cualquier otra

organización, tal como un sindicato y no cabe que nadie mande a otra persona en su sustitución, salvo el nombramiento de miembros suplentes. La cuestión que no se regula es a quién corresponde la designación o nombramiento de los miembros, que es competencia de cada ley de desarrollo.

Artículo 61: Sistemas selectivos.

1. 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.

2. Los procedimientos de selección cuidarán especialmente de 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 considerar en la comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma o escrita, en la realización de los 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.

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.

4. 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.

5. Para asegurar la objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos, las pruebas podrán completarse con la superación de cursos, de períodos de prácticas, con la exposición curricular por los candidatos, con pruebas psicotécnicas o con la realización de entrevistas. Igualmente podrán exigirse reconocimientos médicos.

6. Los sistemas selectivos de funcionarios de carrera serán la oposición y concurso-oposición que deberán incluir, en todo caso, una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación.

Sólo en virtud de ley, podrá aplicarse, con carácter excepcional, el sistema de concurso que consistirá únicamente en la valoración de méritos.

7. 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.

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.

8. Los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria.

No obstante lo anterior, siempre que los órganos de selección hayan propuesto el nombramiento de igual número de aspirantes que el de plazas convocadas, y con el fin de asegurar la cobertura de las mismas, cuando se produzcan renunciaciones de los aspirantes seleccionados, antes de su nombramiento o toma de posesión, el órgano convocante podrá requerir del órgano de selección relación

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, para su posible nombramiento como funcionario de carrera.

El artículo en su conjunto muestra las dificultades y contradicciones que se pueden dar en la regulación de los elementos básicos relativos a una materia, en cuanto lo normal es que el legislador trate de enumerar los principios que la rigen y sujetan pero, al mismo tiempo, no puede dejar de establecer cautelas que puedan ir más allá de lo básico e, incluso, caer en lo didáctico. Pero lo que corresponde es analizar su contenido.

En el punto primero reitera los principios rectores enumerados en el artículo 55, si bien ahora se manifiesta con mayor claridad la exigencia de que se garantice la libre concurrencia que es, a su vez, garantía de la igualdad y que necesita de la publicidad. Se hace también mención a la igualdad de oportunidades entre sexos, manifestación que sí puede encerrar dificultades en la aplicación concreta que del principio se haga, en cuanto que mi opinión es que no puede suponer que las mujeres tengan un mayor número de plazas a convocar o que éstas se dividan con criterios paritarios, pues entiendo que el principio de mérito y capacidad prima sobre el resto de cuestiones que la igualdad de oportunidades entre sexos pueda plantear. Lo que no significa que se esté a favor de los varones, puesto que en la Administración pública puede que, en determinados sectores, la presencia de mujeres aspirantes sea mayor que la de hombres, cuestión de fácil previsión, pues basta conocer la proporción de hombres y mujeres que han finalizado los estudios o niveles de estudio correspondientes a las plazas convocadas. La igualdad que predica la ley, de plantearse en sentido paritario, puede beneficiar finalmente a los varones y, porqué no decirlo, a personas de menor capacidad que las no seleccionadas en aplicación del principio.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

En este aspecto, por ejemplo, ya se ha producido una propuesta para que los casos de empates se resuelvan a favor de las mujeres, siendo así que caben otras soluciones, tales como favorecer a los casados, a los que tienen hijos o mayores cargas familiares, a los de mayor edad, el primar la nota de un ejercicio o prueba más determinante o importante que otras, el simple sorteo, etc. que obedecerían a principios tan respetables o más que la distinción en virtud del sexo. La igualdad de oportunidades entre sexos para mí no es otra cosa que, dada la libertad de concurrencia, aplicar rigurosamente el sistema de mérito y capacidad y que no sea precisamente el sexo el que determine o predetermine la selección.

El punto 2 refleja un principio que desde la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, podemos decir que se ha convertido en un clásico, en cuanto se vincula el contenido de las pruebas selectivas y su adecuación a las características o tareas de los puestos de trabajo a proveer, haciendo mención en dicho momento a las pruebas de carácter práctico, que lógicamente son las que más se adecuan a ello. Pero el artículo, en este punto se refiere al “desempeño de **tareas**” y ello obliga a realizar una reflexión sobre la adecuación de las pruebas y el trabajo a realizar, que presenta matices diferentes si se refiere a puestos de Administración general que si lo es respecto de los de Administración especial y, también, si nos hallamos ante un sistema corporativo o en uno basado en puestos de trabajo. El artículo se refiere a tareas y este término se adecua más a los puestos de trabajo de orden inferior, mientras que para los puestos superiores y para la organización corporativa la referencia más adecuada es la de atender a las “**funciones**”.

En el fondo la adecuación que predica el artículo depende en mucho de que los conocimientos exigidos sean adquiribles fuera de la Administración pública; es decir formen parte de conocimientos

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

académicos o del ejercicio de profesiones concretas. Ello es más factible en los cuerpos de Administración especial que se corresponden con estudios facultativos (Arquitectura, Medicina, Ingenierías superiores y técnicas, etc.) o en puestos o Cuerpos que coincidan con profesiones habituales (Músicos, carpinteros, chóferes, etc.) En la Administración general en cambio los puestos de trabajo que comprende no tienen siempre las mismas funciones, ni tareas y los conocimientos de aplicación no son, normalmente, los propios de una carrera profesional, pues ésta es la propia administración pública y los contenidos prácticos se adquieren, básicamente, en la misma, si hacemos salvedad del Derecho o las ciencias jurídicas. En tanto la formación adecuada a esta Administración general no se configure como contenido académico, científico y práctico, cosa que estimo como propia del desarrollo de la Ciencia de la Administración, las pruebas deberán completarse con cursos específicos de los previstos en el punto 5 del artículo. Lo cierto es que en la medida que la Administración general contiene una gran variedad de puestos y funciones, las pruebas han de dirigirse más que al conocimiento concreto de las tareas al de la comprobación de las funciones y conocimientos comunes a todo el nivel correspondiente de dicha Administración.

El resto de cuestiones que plantea este punto 2 del artículo son más bien descriptivas y del todo lógicas, sin que ello quiera decir que no pudieran haberse remitido al principio general de la racionalidad y adecuación de las pruebas a las funciones correspondientes.

El punto tercero se significa por ocuparse de la valoración de los méritos de los aspirantes y para establecer que en ella la puntuación ha de ser proporcionada, sin decir respecto de qué; por lo que debemos entender que deberá serlo en relación a las funciones a desarrollar y a los requisitos del cuerpo, escala o puestos que comprenden. Pero, como

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

es lógico, lo que hay que considerar es que no contravenga derechos fundamentales o afecte, en resumen, a los principios generales mantenidos en el artículo 55, que es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se merita de modo excesivo o desproporcionado el conocimiento de las lenguas cooficiales de determinadas Comunidades Autónomas. No obstante, el inciso final, quizá reduzca el efecto perseguido por la norma, pues concreta que no determine, en ningún caso *por sí misma el resultado del proceso selectivo*; de modo que en cuanto la puntuación o valoración no sea muy desproporcionada, siempre puede considerarse que por sí sola no determina el resultado final, ya que siempre se acompaña de otras puntuaciones. La verdad es que la cuestión nos introduce en los baremos de valoración de méritos que tratan de objetivar la puntuación y que también constituyen una forma de evitar las motivaciones. Es frecuente, por ello, que las publicaciones se valoren por su extensión o número de folios y los cursos por el número de horas, sin perjuicio de que las más meritablestengan que tener relación con las funciones y puestos a desempeñar. Para llegar a baremos verdaderamente objetivos y justos se tiene que tener mucha experiencia y, particularmente, opino por lo que respecta publicaciones y cursos que la valoración debe realizarse por verdaderos expertos y motivarse, pues no es bastante la consideración del tema o asunto de que se trate o número de folios o el programa y el número de horas; pero también es verdad que ello supone órganos de selección bien conformados y mucho más trabajo que la aplicación rutinaria de los baremos. Es posible que en tanto existen Institutos y Escuelas de Administración pública en cada Administración pública, pudieran ocuparse de realizar la valoración de estos méritos con carácter general y previo o, en otros casos, convenir con las Universidades y Centros especializados la valoración, si bien teniendo en cuenta las incompatibilidades que pudieran existir.

Precisamente de los Institutos y Escuelas de Administración Pública se ocupa el punto cuarto del artículo, siendo este un ejemplo de la didáctica del legislador, que frente a las dejaciones que hemos denunciado, ahora le dice a cada Administración pública que pueden crear órganos especializados y permanentes para la organización de los procesos selectivos o encomendar dichas funciones a los mencionados institutos y escuelas. Todo un hallazgo de imposible descubrimiento por las restantes Administraciones públicas en sus años de existencia y de autonomía. Perdona el lector la ironía, pero es que este punto del artículo resulta ridículo en contraste, por ejemplo, con la indefinición del directivo público y frente a otras renunciaciones del legislador.

El mismo carácter didáctico hay que otorgar al punto 5. Del que lo único destacable es la posibilidad de exigencia de reconocimientos médicos, lo que guarda relación con mis comentarios al artículo 56. Lo significativo es que se incluya en el momento en que el Estatuto se ocupa del contenido de las pruebas y de los sistemas selectivos, cuando la condición física y la capacidad funcional es un requisito hay que considerar, pues, que el estatuto no nos ofrece una buena técnica expositiva.

El punto sexto nos refiere los posibles sistemas selectivos bajo las denominaciones tradicionales de la oposición, el concurso-oposición y el concurso. Denominaciones clásicas que todos los relacionados con la Administración pública, de un modo u otro, tenemos asimiladas. Lo destacable es que el concurso sólo es posible que se aplique por decisión por norma con rango de ley, por lo menos este alcance interpreto que tiene el término ley con minúscula que utiliza precepto, unido al carácter excepcional que se otorga al sistema. Lo lógico es que por ley se determinen los casos concretos en que es posible el concurso y no que para cada caso en que se pretenda el concurso sea necesaria una ley

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

parlamentaria. Este segundo caso convertiría el hecho en una verdadera autorización parlamentaria al Gobierno de cada Administración para utilizar el procedimiento o sistema.

El artículo en este punto refleja la prevención existente respecto del sistema selectivo del concurso en orden a la función pública, ya que como se ve en el punto 7 no existe respecto del personal laboral, ya que en su caso no se exige de una ley para la utilización del sistema. Esta prevención a la que hay que entender que obedece la medida cautelar del artículo, formalmente lo es del legislador pero, atendiendo a mi experiencia en las cautelas existentes en el momento de abordar en 1985 la Ley de la Función Pública Valenciana que no establecía el concurso como sistema selectivo propiamente dicho, creo que en ella subyace una desconfianza burocrática respecto de la utilización política que se puede hacer del sistema. Técnicamente, si la función pública es una profesión que sólo se aprende en la propia Administración pública y no se puede aprender fuera de ella, parece lógico que el sistema del concurso o valoración de méritos no sea el adecuado para acceder o ingresar en ella, pero es que el concepto de funcionario público hemos visto que incluye a personas que ejercen profesiones que son habituales también en el ámbito social, de empresa o mercado, y que, si se aprecia que no es necesario más conocimiento que el de la profesión, se pudiera utilizar la mera valoración de méritos en simple concurso. En realidad el problema se relaciona con el sistema de cuerpos o el de puestos y con la movilidad de las personas en el seno de cada Administración pública o entre ellas. Quizá por ello el legislador estatal no ha querido manifestarse directamente y regular la cuestión de los casos en que sería posible el concurso como sistema y lo deja al legislador de las Comunidades Autónomas para que atienda a ello dentro de su sistema de estructuración de la función pública. Pero se nos evidencia a través de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

esta cuestión como la función pública no es una mera regulación de relaciones entre Administración y sus empleados, sino un verdadero problema estructural y de sistemas de aprovechamiento de medios o recursos por cada Administración, además de un derecho de todos los ciudadanos en el acceso a ella. En definitiva, la cuestión final es la de preguntarse si es posible el ingreso en la Administración pública sin más conocimientos que los de una profesión facultativa o social o siempre es necesario comprobar que se conoce la institución, su organización y derecho público básico. Y si, al decidirse por lo primero, hay que determinar que se accede a un puesto de trabajo y que la movilidad se reduce a los puestos de la misma condición y forma de selección. Pero no es necesario complicar la cuestión, pues la movilidad siempre dependerá de los sistemas de selección, de provisión y de formación que cada Administración pública establezca conforme a la estructura de su función pública.

Por lo que respecta al punto séptimo, al margen de que respecto del personal laboral son utilizables los tres sistemas sin cautelas ni prevenciones, hay que comentar que es en él en el que se hace referencia a la colaboración de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos. Es decir, se produce la referencia respecto del personal laboral y, además, hemos de recordar lo dicho respecto del punto 3 del artículo 60. El artículo se refiere a la colaboración en el marco de los convenios colectivos y respecto del *desarrollo* de los procesos selectivos. Desde mi punto de vista ello implica la intervención en ellos de representantes de la organización sindical y creo que, inicialmente, ello entra en contradicción con el artículo 60.3, salvo que lo que se convenga es que el órgano que determina la composición de los miembros de los órganos de selección nombre alguno de ellos a propuesta de las organizaciones sindicales, siempre que cumpla con los

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

requisitos de imparcialidad y profesionalidad y no vaya a actuar en nombre y representación del sindicato. El problema, pues se mueve, en estos límites: no puede decirse que hay un representante sindical, el nombrado a propuesta de las organizaciones sindicales ha de actuar a título personal y sin condicionamientos y en defensa de intereses generales y no de los afiliados o de los interinos, etc. Otra cosa es la intervención que los sindicatos pueden tener en la racionalidad del contenido de las pruebas, pero también hay que considerar que los sistemas de selección no forman parte propiamente dicha de las condiciones de trabajo que es el objeto por excelencia de la negociación colectiva. Lo que ocurre es que los convenios colectivos acaban siendo instrumentos de verdadera organización de las Administraciones públicas.

En definitiva, mi opinión es que esta colaboración sindical es lógico que se reduzca al ámbito laboral y con limitaciones derivadas del interés general siempre presente en la administración pública y de los derechos de los aspirantes a ingresar en las Administraciones públicas.

El punto octavo, último del artículo, en primer lugar establece una cautela que tiene un origen ya bastante antiguo, que fue el de las consecuencias de los que se denominó *aprobados sin plaza*, situación que produjo una jurisprudencia favorable a dichos aprobados, en virtud de la cual se acababa obteniendo plaza en la Administración. Lo que ha llevado a procedimientos por los que sólo se explicita la relación de los que obtienen plaza, pero queda en el expediente una relación que alcanza a todos los que en realidad han superado la oposición, en el sentido de que no han “suspendido” el último ejercicio, si bien no obtienen plaza. Lista o relación que es la utilizable en el caso previsto, en el segundo párrafo del artículo, de renunciaciones de aspirantes. Respecto de este segundo párrafo cabe comentar que se condiciona al caso en que

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

el órgano de selección haya propuesto el nombramiento de igual número que el de plazas convocadas, lo que, dada la prohibición del párrafo primero, significa que no cabe la solución en el caso de que proponga menos que el número de plazas convocadas. Como esto es tan evidente, obliga a preguntarse si es posible que el órgano no proponga a aspirantes que han superado todos los ejercicios; caso que sólo podría justificarse sobre el fundamento de que no llegan al nivel mínimo exigible, pese a superar los ejercicios. Pero resulta a todas luces absurdo, pues el órgano en el último ejercicio ya tiene ante sí la perspectiva correspondiente y en el caso de que alguien no ofrezca el nivel mínimo, lo lógico es que no supere el ejercicio. No hace falta complicar más la cuestión, lo lógico es atenerse a los resultados que ofrece la suma de puntuaciones, que a su vez deben ser deliberadas y motivadas.

La cuestión que plantea el artículo al llegar a este punto es el de las plazas que pueden convocarse, de lo que no se ocupa. Esta es una cuestión importante ya que según como se convoque y atendiendo a las situaciones de cada caso, las Administraciones públicas pueden convocar un número mayor de plazas que de vacantes existentes, de modo que se calculen los puestos o plazas que pueden proveerse en un plazo breve de tiempo, sin necesidad de acudir al sistema de interinidades. A estos efectos se han utilizado sistemas como la posibilidad de incrementar un diez por cien el número de las vacantes, que obedecía a la intención de atender con ello a las jubilaciones y excedencias que se podían producir, o como la creación de un grupo de aspirantes a ingreso que ingresaban con ocasión de la producción de nuevas vacantes no incluidas en la convocatoria o el sistema de habilitación que se utilizó en la Comunidad Valenciana. El sistema de habilitación puro no parece contemplarse como posibilidad dado el sistema establecido y la cautela establecida para el sistema de concurso.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

En cuanto a las vacantes que deben ser convocadas hay que tener en cuenta el apartado 4 del artículo 10 del Estatuto y los comentarios entonces realizados.

Dada la íntima conexión entre los procedimientos de provisión de puestos de trabajo y las vacantes que como plazas pueden convocarse, el gestor público tiene que combinar dichos procedimientos con el tiempo de los sistemas selectivos y tener en cuenta los puestos de libre designación para garantizar la colocación de los cesados en ellos, los puestos con reserva a favor de su titular, las vacantes definitivas y las aún ofertables a los funcionarios en activo.

Sólo queda por comentar que el artículo parece dejar al arbitrio del órgano que realiza la convocatoria el requerimiento o no de la relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos, lo que, desde mi punto de vista, adolece del defecto de plantear la cuestión como discrecional, cuando no debe de ser así y puede conducir a considerar la situación de determinados interinos y tratar de que permanezcan en el puesto. Es obligación del órgano de selección remitir todo el expediente y con él dicha relación complementaria y derecho de los no propuestos que figuren en la lista es que se les proponga en caso de renuncia o que automáticamente el órgano convocante realice su nombramiento. Lo que es absurdo es, como, en casos que conozco que se haya de exigir una nueva reunión o constitución del órgano de selección; éste cumple con remitir todo el expediente y el procedimiento automáticamente debe dar la solución en casos de renunciaciones y similares o de que no se cumpla el artículo 62. Por tanto, creo que no es sólo el caso de renuncia el que ha de dar lugar a lo previsto en este artículo 61.8.

Artículo 62: *Adquisición de la condición de funcionario de carrera.*

1. La condición de funcionario de carrera se adquiere por el cumplimiento sucesivo se adquiere por el cumplimiento sucesivo de los siguientes requisitos:

a) Superación del proceso selectivo.

b) Nombramiento por el órgano o autoridad competente, que será publicado en el Diario Oficial correspondiente.

c) Acto de acatamiento de la Constitución y, en su caso, del estatuto de Autonomía correspondiente y del resto del Ordenamiento Jurídico.

d) Toma de posesión dentro del plazo que se establezca.

2. A efectos de lo dispuesto en el apartado 1.b) anterior, no podrán ser funcionarios y quedarán sin efecto las actuaciones relativas a quienes no acrediten, una vez superado el proceso selectivo, que reúnen los requisitos y condiciones exigidos por la convocatoria.

Este artículo en su punto 1 no plantea cuestiones de difícil gestión, es claro y ofrece el procedimiento de legitimación para el ejercicio de la función pública y, por tanto, de la función pública en si misma, si alguno de los requisitos no se cumple no se alcanza dicha condición, al menos como funcionario de carrera. Hay que resaltar lo previsto en el apartado c) del punto 1, ya que el plazo de la posesión no queda establecido por la ley y, por tanto, constituye un elemento básico para realizar una adecuada previsión de efectivos y de efectuar adecuadamente la relación entre sistemas de provisión y selección, sobre todo para, de hecho, constituir, en su caso, una pequeña bolsa de

aspirantes o de personas utilizables según las vacantes existentes. No voy a explicar todas las derivaciones posibles, basta con señalar que cada convocatoria puede establecer el plazo de posesión e, incluso, que sea distinto, según las vacantes o plazas convocadas y, en consecuencia, para los seleccionados según el orden de puntuación.

El punto 2 del artículo nos revela lo ya dicho al analizar el artículo 56, en cuanto a que la justificación de los requisitos es un hecho posterior a la convocatoria y realización de las pruebas.

Capítulo II: Pérdida de la relación de servicio.

El capítulo comprende los artículos 63 a 68 ambos inclusive.

El artículo 63 es el que establece con carácter general de las *causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera* y dice:

Son causas de pérdida de la condición de funcionario de carrera:

a) La renuncia a la condición de funcionario.

b) La pérdida de la nacionalidad.

c) La jubilación total del funcionario.

d) La sanción disciplinaria de separación del servicio que tuviere carácter firme.

La pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público que tuviere carácter firme.

Estas causas, excepto la recogida en el apartado d) son reguladas o desarrolladas en los siguientes artículos del capítulo.

El artículo 64 se ocupa de la *renuncia* y establece que ésta debe manifestarse por escrito y que será aceptada expresamente por la Administración salvo *cuando el funcionario esté sujeto a expediente*

disciplinario o haya sido dictado en su contra auto de procesamiento o de apertura de juicio oral por la comisión de algún delito.

Esta salvedad es completamente lógica pues pretende evitar que se traten de eliminar los posibles efectos del expediente, proceso o juicio y las sanciones y penas que puedan conllevar. Todavía más en cuanto como establece el punto 3 del artículo la renuncia no inhabilita para ingresar de nuevo en la Administración pública a través del procedimiento de selección establecido.

El artículo 65 se ocupa de la *pérdida de la nacionalidad*, tenida en cuenta para el nombramiento, que supone la pérdida de la condición de funcionario. Se establece la salvedad de que simultáneamente se adquiera la nacionalidad de alguno de los Estados miembros de la Unión Europea. Es decir si se pierde la nacionalidad española o la del Estado miembro que determinó el nombramiento pero se adquiere la de otro Estado miembro, la pérdida de la condición de funcionario no se produce.

El artículo 66 se refiere a la *pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público*. Esta pena dice el artículo que, adquirida firmeza la sentencia correspondiente, produce la pérdida de la condición de funcionario respecto de todos los empleos o cargos que tuviere; cuestión lógica pues la imposición de dicha pena lo es por comisión de delitos y al emitirla el Tribunal ha tenido en cuenta la situación del funcionario. El artículo también se refiere a la inhabilitación especial y en dicho caso nos dice que la pena sólo afectará a los empleos y cargos especificados en la sentencia.

Desde el punto de vista jurídico la cuestión tratada en este artículo conecta con el régimen disciplinario y en especial con lo dispuesto en el punto 3 del artículo 94 que determina que en el procedimiento disciplinario si resulta la existencia de indicios fundados de criminalidad se suspende el mismo y se pone en conocimiento del Ministerio Fiscal. Cuestión hoy clara en virtud de la Ley, pero con problemas de gestión y con duraciones amplias de la suspensión provisional del funcionario afectado, al ajustarse al la duración del proceso penal.

El artículo 67 se ocupa de la *Jubilación* y dice que esta se puede producir de **modo voluntario** a solicitud del interesado siempre que reúna los requisitos establecidos en el Régimen de la Seguridad Social que le sea aplicable. En el punto 2 del artículo se prevé que por Ley de las Cortes Generales, con carácter general y en el marco de la planificación de recursos humanos se podrán establecer condiciones especiales de la jubilación voluntaria y de la parcial que luego analizamos.

También se ocupa de la **forzosa** que procede cuando el funcionario cumple la edad legalmente establecida y que en el punto 3 se establece en los sesenta y cinco años de edad. Si bien se prevé que las leyes de desarrollo del Estatuto se regule la posibilidad de prolongar la permanencia en el servicio activo como máximo hasta los setenta años La cual ha de ser aceptada o denegada de modo motivado. Se excepciona del sistema a los funcionarios que tengan normas estatales específicas de jubilación.

El artículo se refiere también a la **declaración de incapacidad permanente** para el ejercicio de las funciones propias del cuerpo o escala, o por el reconocimiento de una pensión de incapacidad permanente absoluta o, incapacidad permanente total en relación con el

ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala. Declaraciones y reconocimiento que supone, pues, una forma de jubilación.

Finalmente, el artículo se refiere a la jubilación **parcial**, en la que ya hemos dicho que pueden establecerse condiciones especiales y que según el punto 4 del artículo procede, a solicitud del interesado, siempre que reúna los requisitos y condiciones establecidas en el Régimen de la Seguridad Social.

El artículo 68 regula la *Rehabilitación de la condición de funcionario* y en concreto establece:

1. En caso de extinción de la relación de servicios como consecuencia de la pérdida de la nacionalidad o jubilación por incapacidad permanente para el servicio, el interesado, una vez desaparecida la causa objetiva que la motivó, podrá solicitar la rehabilitación de su condición de funcionario, que le será concedida.

2. Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán conceder, con carácter excepcional la rehabilitación, a petición del interesado, de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido. Si transcurrido el plazo para dictar resolución no se hubiere producido de forma expresa, se entenderá desestimada la solicitud.

Por lo que respecta a estos dos artículos hay dos cuestiones que desde mi punto de vista cabe comentar. Una es que cuando se ocupa el artículo 67 de la inhabilitación de carácter permanente se refiera *para el ejercicio de las funciones de su cuerpo o escala* lo que plantea cuestiones que pueden afectar a la gestión de recursos humanos, en cuanto, por ejemplo, la jubilación pudiera no afectar al ejercicio de otras

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

funciones y sea posible considerar estos casos en la planificación de recursos humanos. Es decir, que el afectado pueda pasar a través de los planes de empleo o medidas equivalentes a desarrollar otras funciones en su beneficio y en el alivio de la carga que suponen los pasivos en el presupuesto público.

La otra cuestión que me ofrece dudas es la decisión que adopta el punto 2 del artículo 68, ya que queda establecido un margen muy amplio y discrecional de apreciación de las circunstancias por las que puede rehabilitarse al sancionado con la pena principal o accesoria de inhabilitación, lo que puede crear agravios comparativos y situaciones a favor de los cargos y funcionarios afines al partido en el gobierno y, además, porque se exceptiona o modifica una resolución del poder judicial; es decir, de otro poder, y sin que se le dé participación. Además, la cuestión se deslegaliza a través del artículo pues la decisión se encomienda a los órganos de gobierno de cada Administración pública. Son aspectos que particularmente me hacen acoger con reservas el artículo.

6.- DEL TÍTULO V: ORDENACIÓN DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL.

Los capítulos comprendidos en este título del Estatuto se ocupan de las siguientes cuestiones: Planificación de recursos humanos. Estructuración del empleo público y Provisión de puestos de trabajo y movilidad. Consecuentemente el contenido del título, desde mi punto de vista, no está ordenando la actividad profesional de los empleados públicos como parece indicar sino ocupándose de la estructura del empleo público, sin decidirla, y, simplemente, indicando sus posibilidades, por lo que en realidad convierte a dicha estructura en la primera política pública que en materia de organización y personal ha de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

decidir cada legislador en desarrollo del Estatuto, junto con la regulación u ordenación de dos de las políticas públicas más importantes en materia de personal, como son la selección e ingreso de personal en la Administración pública y la provisión de puestos de trabajo y movilidad que es, desde el punto de vista del funcionario o empleado, la base principal de su carrera vertical. La selección e ingreso no corresponde a este título, pero sí la provisión de puestos de trabajo, que implica, también una selección de personal. No se regula u ordena respecto de la formación de los empleados públicos, que vimos constituía uno de los puntos en que la evaluación del desempeño tenía o podía producir efectos, y que se declara como derecho individual de los empleados públicos. Teniendo la cuestión repercusión en la carrera y promoción de los empleados públicos e, incluso, en la provisión de puestos de trabajo, me parece necesario destacar el hecho de que no se dedique ninguna regulación, por mínima que sea, para manifestar el papel de la formación en los aspectos señalados y que, en contraste, hayamos visto que el artículo 61.4 se ocupara de indicar a las distintas Administraciones públicas que pueden crear escuelas o institutos de Administración pública.

Es cierto que a estas alturas cada Administración pública autonómica no sólo cuenta con dichas organizaciones sino que ha establecido baremos de puntuación de los cursos realizados por los empleados públicos y sistemas de homologación o equiparación de cursos realizados por otras instituciones, pero precisamente estos aspectos son los que podían ofrecer puntos de necesaria unificación o de establecimiento de criterios básicos, sobre todo en cuanto pueden tener relación con la movilidad de los funcionarios públicos, pero, como veremos, precisamente este punto sufre una importante deslegalización.

Capítulo I: Planificación de recursos humanos.

Artículo 69: *Objetivos e instrumentos de la planificación.*

1. *La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas tendrá como objetivo contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.*

2. *Las Administraciones Públicas podrán aprobar Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que incluyan, entre otras, algunas de las siguientes medidas:*

a) *Análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.*

b) *Previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo.*

c) *Medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.*

d) *Medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del presente Título de este Estatuto.*

e) *La previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público, de acuerdo con lo establecido en el artículo siguiente.*

3. *Cada Administración Pública planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas que les sean de aplicación.*

El artículo, si lo analizamos detenidamente, en su punto primero señala los objetivos de la planificación, pero salvo por lo expuesto en el segundo punto que, realmente, se refiere a los antes denominados planes de empleo, no establece instrumentos de planificación o previsión propiamente dichos, ya que lo cierto es que estos instrumentos se han de corresponder con técnicas determinadas y órganos u organizaciones al efecto. Por ello, el artículo, en verdad no se refiere a la planificación o previsión de necesidades o efectivos, sino que, como todo el capítulo, se dirige a la ordenación de recursos humanos y, desde mi punto de vista, una vez más, deficientemente y mezclando cuestiones bastantes diversas.

El punto 1, como he señalado, fija los objetivos de la planificación de recursos humanos y al hacerlo no apunta al que, en mi opinión, sería el principal objetivo de la planificación de recursos humanos que es saber las necesidades existentes para el futuro más inmediato; es decir, por ejemplo, ni siquiera apunta a la conexión entre estas necesidades y las políticas públicas o con los proyectos de ley, de modo que la previsión de los recursos necesarios o la manifestación de su existencia o de crédito presupuestario constituya, en el expediente correspondiente, una garantía para la eficacia y eficiencia de la política pública o fin correspondiente. Hay que achacar este hecho a lo ya apuntado de que la cuestión relativa a los recursos humanos o función pública no es simplemente un problema estatutario o de relaciones entre sujetos de una organización o institución, sino un verdadero problema de organización y administración pública que requiere criterios

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

coordinados en el legislador o, al menos, de una previa norma general que exponga los principios generales sobre organización de las Administraciones públicas. Pero al analizar el artículo 70 insistiremos en esta cuestión.

En definitiva, el punto 1 del artículo, señala que es objetivo de la planificación de recursos humanos *contribuir a la eficacia en la prestación de los servicios*. Esta afirmación se puede aplicar a toda la organización administrativa pública y por ejemplo a la evaluación del desempeño o a la selección de personal que el Estatuto ha regulado con anterioridad, por lo que, en principio, hay que calificarla de retórica e inútil desde la perspectiva jurídica o de los efectos jurídicos que ha de perseguir una ley o sus preceptos. Lo mismo cabe decir de el siguiente objetivo de contribuir a *la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad*. Sin embargo, como este es el contenido de un precepto legal y hay que otorgarle efectos jurídicos, hay que concluir que realmente refleja unos principios básicos de la organización administrativa pública y unas obligaciones para cada Administración pública que deberán ser consideradas por los poderes públicos y, en su caso, por el judicial, cuando a través de las acciones correspondientes se deduzca que una organización o una decisión en materia de recursos humanos, por ejemplo, no contribuya a la eficacia del servicio o mantenga un gasto excesivo o desproporcionado o se exceda en el número de personas necesarias y mantenga una estructura magnificada o distribuya mal los efectivos en la organización o no haya requerido adecuadamente la formación necesaria o no la haya proporcionado o cuando no se tenga en cuenta la promoción profesional o no se facilite la movilidad. En resumen, se desvelan unos principios o elementos que se consideran

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

como medios de eficacia y eficiencia. Y como ello va a tener repercusión en otras cuestiones que se analizarán hay que considerar, pues, por ejemplo, que la promoción profesional y la movilidad son instrumentos y medios de eficacia de los servicios.

Este alcance que señalo para el precepto es, pues, el que le otorgaría sentido y también el carácter de básico, pero su eficacia real, para que no quede en simple manifestación retórica, corresponde principalmente a la jurisdicción y, sobre todo, de que se otorguen a la Administración pública potestades ad intra o claras competencias que le obliguen a justificar plenamente las decisiones adoptadas en los aspectos señalados por el artículo, que son realmente de aplicación a todos los relativos a la organización administrativa pública, por lo que hace a su racionalidad, eficacia, dimensión adecuada y eficiencia en los recursos económicos. Se imaginan, por ejemplo, que el artículo, o una ley más general, en lugar de lo expuesto hubiere dicho que todo proyecto de política pública nueva deberá contar con informes de funcionarios públicos profesionales y especialistas en las técnicas correspondientes y de gestión de los factores administrativos que garanticen la viabilidad y eficacia de la política proyectada en el ejercicio presupuestario correspondiente y en todos aquellos en que tenga que mantenerse dicha política, determinándose la organización necesaria, el procedimiento o procedimientos de gestión, la regulación precisa, los recursos humanos y el presupuesto o créditos necesarios. Indudablemente estaríamos ante algo realmente básico y coordinado, en el que la ordenación y su planificación y previsión de recursos humanos es sólo una parte.

La situación que describo nos muestra que no existe en realidad un Gobierno y Administración coordinada y con sentido de la unidad y que tampoco hay un legislador capaz de realizar la coordinación o suplir las carencias técnicas de las leyes o de establecer la conexión con otras

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ya dictadas o con los principios existentes en el ordenamiento jurídico vigente.

Por lo que respecta al punto 2 del artículo es evidente que en buena parte coincide con los denominados Planes de empleo de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que se regulaban en el artículo 18 de la misma y dentro de la regulación de la oferta de empleo público. De nuevo, he de lamentar, tener que insistir en el caos sistemático de la vigente ley, pues indudablemente la planificación de recursos humanos está en íntima conexión con la organización y estructura de cada Administración pública y con las políticas públicas y competencias a desarrollar y repercute en la provisión de puestos de trabajo, en la formación y en la selección u oferta de empleo al exterior. Pero estimo que todo ello constituye una actividad administrativa de carácter permanente que ha de contar con una organización y que la referencia a la posibilidad de aprobación de planes para la ordenación de los recursos humanos le resta importancia y elimina su carácter estructural, pues le otorga un cierto carácter o naturaleza esporádica y de medida concreta; es decir, la regulación que contemplamos no destaca que la planificación ha de ser una actividad permanente que, por ello, constituya hecho estructural y orgánico, ni establece sus conexiones, sino que la configura, en principio, como una mera posibilidad. Los planes pueden o han de ser manifestación concreta de la actividad profesional que pretende ordenar el Título y es un mero instrumento como también refleja el título del artículo 69, por ello la regulación establecida no se ocupa realmente de lo básico que es destacar la obligatoriedad de la existencia de la actividad profesional de planificación, de racionalidad y eficiencia de la estructuración pública, de selección de personal, de aprovechamiento previo y pleno de los efectivos o recursos existentes, de la utilización al efecto de la

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

formación de personal o profesional, de la gestión de recursos humanos, de los sistemas de la evaluación del desempeño y del alcance pleno y efectivo de la movilidad en el territorio nacional y entre Administraciones públicas como un derecho de todos los funcionarios.

De nuevo hay que repetir que el instrumento a utilizar es precisamente lo accesorio, pues es un problema técnico y no jurídico o de principio sustancial y conformador de las decisiones concretas y futuras, y que, al regular los instrumentos y los aspectos de los que se pueden ocupar, el legislador estatal se muestra ilustrativo y no ordenador.

Pero vamos a ocuparnos de las medidas concretas que el artículo establece como propias de los planes de ordenación de recursos humanos. Así, en primer lugar, como medida señala la del *análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos*. Es indudable que un plan general de ordenación en este aspecto no se va a realizar, o al menos a aprobar, como si se tratara de una norma, pues, inicialmente no tiene efectos hacia el exterior, por lo que lo único que dice el artículo es que los planes pueden contener medidas de este tipo, pero lo realmente importante es que lo descrito, repito, no es una medida, sino una actividad permanente y obligatoria para toda Administración pública y que se traduce en un hecho estructural que regula el Capítulo II del Título que ahora analizamos y se corresponde con la estructuración que cada Administración pública decida de su función pública o empleados públicos y con las plantillas o relaciones de puestos de trabajo, acordes con la organización política y administrativa previamente decidida. Se ve, pues, que los planes nacieron en la legislación anterior para solucionar reestructuraciones administrativas orgánicas o de puestos de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

trabajo, por lo que sí revestían el carácter de medidas y adquiriría sentido su regulación. Pero ahora, si no es que se consideran en el mismo sentido que en la legislación anterior, constituyen un instrumento de confusión.

Lo lógico es que cada Administración pública tenga ya considerada la estructura de sus recursos humanos, en cuerpos o escalas o en ambos a la vez y que si bien pueda no tener establecida una organización ocupada de la previsión de necesidades y efectivos de modo global o general, sí, al menos, haya aprobado relaciones de puestos de trabajo. Por lo que, lo único que puede ocurrir es que al plantear el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público cada Administración con poder legislativo se replantee la estructuración básica de su personal conforme al Capítulo II antes mencionado.

El artículo como segunda medida se refiere a las *previsiones sobre sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras de puestos de trabajo*. Tampoco en este caso es posible considerar que se establezca una norma que fije los distintos sistemas de organización del trabajo y las modificaciones de estructuras de puestos de trabajo que se den en una Administración pública; de nuevo hay que considerar que se hace referencia a situaciones concretas que determinen, ante una decisión previa o nueva, a su vez, nuevas decisiones que planteen nuevos sistemas de organización de trabajo y modificaciones en los puestos de trabajo en sus contenidos y requisitos.

Los apartados c) y d) del punto 2 del artículo incluyen medidas respecto de la movilidad y respecto de la promoción interna y formación del personal, pudiendo establecerse suspensiones en la incorporación de *personal externo a un determinado ámbito* o convocatorias de concursos restringidas a personal de los ámbitos que se determinen. También se

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

incluye la posibilidad de movilidad forzosa, cuestión que hay que enlazar preferentemente con el artículo 81.2 y 3 del Estatuto.

El apartado e) canaliza la previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la Oferta de empleo público que es objeto de regulación en el artículo 70.

Ya me he manifestado crítico con el artículo o con su técnica y voy a tratar de exponer cuales son las implicaciones de su punto 2. En primer lugar, hay que considerar, como ya he dicho, que las medidas que se contienen, en un 90%, coinciden con la concepción de los planes de empleo que regulaba la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública al referirse a la Oferta de empleo público, porque en realidad dichos planes implicaban una restricción o limitación de dicha oferta. Con lo legislado actualmente parece irse más allá de unas simples medidas dirigidas a remediar situaciones de reorganización administrativa, para señalar como básica la necesidad de que cada Administración pública realice una planificación de recursos humanos, de modo que un instrumento para ello serían estos denominados Planes de ordenación de recursos humanos que podrían contemplar una, varias o todas las medidas o actuaciones previstas en el punto 2 del artículo. Pero, situándome hipotéticamente, en el lugar de una de las Administraciones receptoras de esta normativa como básica y debiendo legislar en desarrollo de este punto, es lógico que haya de situarme no sólo frente a lo dispuesto en él, sino frente a toda la organización de mi Administración y los procedimientos que tienen que ver con la previsión de necesidades que hasta el momento se inician en cada Departamento y que han de contar en todos los casos con la aprobación o participación del de Hacienda y, en su caso, con la de aquel departamento que se encargue con carácter general de la política de personal y la gestión de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

los recursos humanos que no sean propios o exclusivos de un departamento concreto.

Ante esta consideración, lo lógico es que cada situación provocada, por ejemplo, por un incremento de tareas inicie una serie de gestiones encaminadas a conseguir un número mayor de personal o de efectivos y a una modificación en plantillas o relaciones de puestos de trabajo. Si los efectivos necesarios, por razón de una política pública innovadora, no existieren en la organización, el planteamiento no es sólo el de la consecución de un número de efectivos, sino el de la creación de un cuerpo o de una escala o de una categoría de personal laboral y, siempre y en todo caso y según las circunstancias, la solución oportuna a la situación que pueda crearse si, previamente a la formalización de la estructuración de los recursos correspondientes, se ha tenido que reclutar con urgencia personal interino o temporal y habilitado créditos extraordinarios. No creo que sea necesario insistir con ejemplos como el apuntado, cualquier gestor público conoce el complejo sistema y procedimiento que implica la previsión de efectivos y la importante participación, sobre todo del Departamento de Hacienda y, además, que lo normal es que el primer campo de restricción del gasto público sea, precisamente, el de los recursos humanos. Además, nos encontramos ante una cuestión, conectada con las políticas públicas en su sentido más propio, el de aquellas que suponen innovaciones y cambios y nuevas necesidades, bien de personal, bien de organización procedimientos, bien de formación y, por supuesto, de presupuesto, por lo que en el proceso entra en juego un claro factor político y de intereses del político que propone la política correspondiente. En dichos momentos pedir formalizaciones o aprobaciones previas de planes resulta un procedimiento contrario al tiempo político y sus urgencias.

Otra cosa es que las medidas o, mejor dicho, actuaciones que el artículo recoge respecto de los recursos humanos sean necesarias y deban de realizarse, bien con el sistema existente hasta el momento o bien mediante la creación de una organización que, ubicada en el centro de poder de la Administración correspondiente, con carácter permanente coordine y observe la actividad que se desarrolla, las cargas de trabajo, la estructuración existente, las actuaciones que han dejado de prestarse, el personal existente, su posible reubicación, las nuevas políticas y sus necesidades, etc. De modo que se planifique la gestión encaminada a proporcionar los efectivos necesarios. Esto, desde mi punto de vista, es política de personal y es organización administrativa y corresponde que sea competencia de la Presidencia de cada Administración pública y mediante un equipo técnico, profesional y especializado y puede acabar, es cierto, siendo tecnocracia. Pero esto es lo que realmente exige el artículo 69 en su conjunto. Lo de llamar planes a estas necesidades organizativas y de racionalidad es anecdótico y nada básico.

Me niego a comentar el punto 3 del artículo por que su contenido resulta obvio e innecesario.

Artículo 70: Oferta de empleo público.

1. 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, fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos. En todo caso, la ejecución de la oferta de

empleo público o instrumento similar deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años-

2. La Oferta de empleo público o instrumento similar, que se aprobará anualmente por los órganos de Gobierno de las Administraciones Públicas, deberá ser publicada en el Diario oficial correspondiente.

3. La Oferta de empleo público o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

El artículo con carácter general no resuelve u ofrece soluciones a los problemas que plantea la oferta de empleo público, concepto surgido a partir de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, buena parte de los cuales se apuntaron al analizar el artículo 10 del Estatuto, en su punto 4, del que se deduce el concepto de plazas vacantes y que han de ser incluidas de modo obligatorio en la oferta de empleo público. El artículo que ahora comentamos, en cambio, no se refiere a vacantes sino que lo hace a *las necesidades de recursos humanos* que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso y no realiza conexión con el citado artículo 10. Sólo alude a la necesidad de existencia de asignación presupuestaria, lo que hace pensar en que la oferta no es en sí misma un instrumento de planificación, puesto que ya existe una decisión presupuestaria de dotar de crédito a las plazas o puestos de trabajo correspondientes.

De nuevo me asalta la desazón al tener que comentar este artículo pues una de mis preocupaciones básicas en todo mi tiempo de ejercicio profesional y de estudio ha sido la provisión de puestos de trabajo y su conexión con la selección de personal o ingreso en la Administración pública; es decir, lo que desde 1984 se viene denominando como oferta

de empleo público¹². Y ello porque realmente el artículo no establece ninguna base, ni siquiera un concepto de oferta de empleo ya que también se refiere a “otro instrumento similar”. Además califica a la oferta o al mencionado otro instrumento similar como *de gestión de la provisión de necesidades*. El instrumento de gestión de la provisión de necesidades, en realidad de efectivos necesarios, son las pruebas selectivas y no la oferta. La oferta es una resolución o documento que, en todo caso, resume el proceso de previsión de necesidad efectivos y que refleja las plazas vacantes dotadas presupuestariamente que van a cubrirse mediante las pruebas selectivas y cuyas convocatorias se realizarán en el periodo que la oferta señale. No es realmente un instrumento de planificación y considero su ubicación en el Capítulo inadecuada. Si fuera un instrumento de planificación lo sería sólo por la razón de que en la oferta se pueda fijar el plazo en el que las necesidades se producirán y el de su satisfacción o provisión; pero el artículo en realidad se limita a señalar un plazo de desarrollo de la oferta, en un sentido que entiendo que realmente se refiere a las pruebas selectivas. El plazo de “provisión” de una necesidad es realmente el de la provisión de los efectivos necesarios. Otra cosa es el plazo de la necesidad o, mejor dicho, el plazo en que una necesidad de efectivos y su provisión ha de producirse, lo que depende de la política pública correspondiente y si se trata de algo nuevo o de una simple necesidad de efectivos para cubrir

¹² Fruto de estas preocupaciones han sido distintas publicaciones de las que destaco, para quien pueda estar interesado el trabajo *El puesto de trabajo en la Administración Pública española*, Revista andaluza de Administración Pública n° 27 Julio- Agosto- Septiembre 1996. Universidad de Sevilla. Instituto Andaluz de Administración Pública. pp, 299 y ss. *La situación actual de la selección de personal en la Administración Pública* ponencia publicada por el Instituto Nacional de Administración Pública en el DOSSIER "Jornadas sobre Selección y Formación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas". Sevilla. Mayo de 1987. *La selección de personal en la Administración Pública*. Instituto Valenciano de Administración Pública. Serie Treballs n° 1. Valencia 1989. *La previsión de efectivos y de necesidades y la política de personal* en III Jornadas Autonómicas Uniprovinciales de la Comunidad Autónoma de La Rioja. Los Recursos humanos en las Administraciones Públicas. Edit. Gobierno de La Rioja - Consejería de las Administraciones Públicas. 1989. También pueden verse las lecciones 3 y 4 correspondientes a la selección de personal y provisión de puestos de trabajo en los *Apuntes de empleo público* que obran en www.morey-abogados.com

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

vacantes por jubilaciones, excedencias, etc. Es decir, la Oferta puede contener, como dice el artículo en su punto 3, medidas derivadas de la planificación, si, en virtud de una planificación previa, resultara, por ejemplo, una política pública que requiriera diversidad de recursos humanos en el plazo de varios años; entonces, la oferta podría señalar la clase de personal necesario y los plazos para su reclutamiento y años de la convocatoria de las pruebas. En estos casos no hay que señalar un límite de tres años como ocurre en el punto 2 del artículo; plazo que hay que entender establecido como cautela en evitación de que las pruebas selectivas se eternicen y no cumplan con su finalidad y eficacia.

Pero lo realmente importante es que el artículo no realiza ninguna regulación sobre los puestos de trabajo o plazas que han de ser objeto obligatorio de inclusión en la oferta, salvo por la referencia a la existencia de asignación presupuestaria. La única referencia útil al efecto es la ya comentada del artículo 10, en su punto 4, que obliga a incluir las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos en el caso del apartado a) de su punto 1, en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio en que se realiza o produce el nombramiento del interino o, si no es posible, en la siguiente. Es decir, sabemos que es obligatorio incluir las vacantes cubiertas por interinos que se correspondan con plazas que no pueden ser cubiertas por funcionarios de carrera. Remito aquí al comentario del artículo 10.4 para comprensión de que lo que queda claro es que siempre hay que incluir en la oferta un número de plazas equivalentes a las vacantes que hayan quedado desiertas en los procesos de provisión de puestos de trabajo entre funcionarios de carrera. Ha de tenerse en cuenta que si el principio de movilidad voluntaria que regula el propio estatuto, se configura como un derecho o se establecen unos principios de acceso entre Administraciones públicas y accede a una Administración pública un

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

funcionario de otra, la vacante se produce en ésta última y no en la convocante de la provisión. Es decir, no es posible saber qué puestos concretos son los no queridos y que son, por tanto, vacantes desiertas, hasta que los procesos de provisión se agotan y nadie ha concurrido a la provisión del puesto.

Se evidencia que existe una conexión estrecha entre provisión de puestos de trabajo y oferta de empleo y que la planificación de recursos ha de partir o considerar dicha provisión para decidir la oferta o su plazo y que en todo caso la oferta, salvo que la decisión estructural, realizada conforme al artículo 75 del Estatuto, lo permita, se ha de basar en la idea o concepto de plazas o de un número de puestos sin concretar. La situación podría considerarse distinta en el caso del personal laboral, si se siguiera un sistema estricto de puestos de trabajo, según el cual se acceda a un puesto de trabajo concreto y no se permita la movilidad a otro, salvo concurriendo a la oferta de empleo y utilizando la Administración el sistema puro del concurso como proceso de selección. En dicho caso, la provisión de puestos de trabajo y la selección se confunden y el personal compite no sólo con los ya contratados sino también con personas del exterior de la organización. En este caso, pues, la convocatoria sí se realizaría exponiendo los puestos concretos y sus requisitos y los méritos o experiencias necesarias.

Pero en el caso de los funcionarios públicos ya hemos visto que la figura del concurso es excepcional y sólo en virtud de ley, y los sistemas de selección para aquéllos suponen una medida y comprobación de conocimientos, normalmente de base facultativa y académica, sin que sea bastante el expediente académico, por lo que no miden experiencias y méritos, sino básicamente capacidades y cuando considera ambos aspectos, caso del concurso-oposición, la valoración de los méritos suele serlo una vez superada la fase de oposición, salvo que se utilice como

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

factor previo de eliminación o reducción de candidatos o aspirantes, pero siempre teniendo en cuenta la limitación, ya comentada, que establece el artículo 61.3 del Estatuto.

También parece lógico que se incluyan en la oferta de empleo las vacantes correspondientes a cuerpos de funcionarios de nueva creación, salvo que existan situaciones a extinguir que hayan de ser respetadas, cuando la Administración pública correspondiente haya establecido un sistema corporativo cerrado, según el cual sólo sea posible acceder a los puestos de un cuerpo a través de un sistema de selección y no de provisión de puestos. Es decir, las vacantes de dicho cuerpo nuevo no podrían ser cubiertas por otros funcionarios de carrera y habría que incluirlas en la oferta.

No pretendo agotar aquí los problemas de gestión de recursos humanos que se plantean en general, pero de lo antedicho es fácil deducir que el problema y la decisión fundamental que cada Administración pública o ley de desarrollo ha de tomar, considerando que, además, afecta a los entes locales en buena parte, es la de la estructura del empleo público por la que se opta, pues ella determinará en buena medida los problemas de selección y de provisión. En el momento de analizar el artículo 75 habrá que volver en parte a considerar estos aspectos. Lo que es indudable es que el artículo que ahora comentamos no aborda ninguna de estas cuestiones, lo que puede considerarse negativa o favorablemente, según se considere que las Administraciones públicas a las que se dirige el Estatuto son o no mayores de edad y son ellas las que han de solucionar cada problema, pero en estos comentarios se pretende evidenciar los problemas de desarrollo, tanto mediante normas con rango de ley, como por reglamentos, decidiendo, además, las materias destinadas a cada uno de dichos tipos de norma. De todas formas, es evidente, una vez más que

este Estatuto Básico del Empleado Público es contradictorio o incongruente porque parece considerar mayores de edad a cada Administración pública, pero en casos como la selección, las tutela, limitando, por ejemplo, su capacidad de utilizar el concurso como sistema general en determinados casos que su ley de desarrollo establezca y parece remitir a soluciones caso a caso con intervención parlamentaria. Pero repito que habrá que insistir en estas cuestiones al analizar la estructuración del empleo público.

De otro lado, otro ejemplo de este carácter contradictorio del Estatuto, lo manifiesta también el mantenimiento de la solución, ya antigua, de incrementar la oferta mediante la adición de un diez por cien a las *plazas comprometidas*, las cuales, como hemos visto sólo tienen la referencia del analizado artículo 10. 4, pero que en realidad parecen quedar al arbitrio de cada Administración pública. Esta solución tiene un origen antiguo basado en el concepto de cuerpo y el de plaza y en la previsión de las jubilaciones a producirse en el transcurso del plazo calculado para las pruebas selectivas correspondientes e, incluso, en una previsión de posibles excedencias y otro tipo de bajas en el cuerpo correspondiente. Cifra que se entendió en su momento suficiente para cubrir estas necesidades o, simplemente, para evitar vacantes inmediatas a la finalización de las pruebas que ya fuera necesario proveer. La solución resulta, como es lógico, más útil en los cuerpos con un gran número de funcionarios y en los muy minoritarios puede no ser solución o resultar inaplicable.

Insistir en mantener este diez por cien adicional, cuando la previsión o cálculo de las posibles vacantes a producirse durante el proceso de selección sobre las existentes en el momento de realizar la oferta es, hoy en día, más que básico, una vez más, de carácter

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ilustrativo y tutelar y contradictorio con la carencia de regulación directa de las vacantes a incluir en la oferta.

De otro lado, el artículo ni contempla ni relaciona la determinación de vacantes o plazas a convocar con el sistema de movilidad entre Administraciones públicas que se regula en la provisión de puestos de trabajo y que considero un derecho de todo funcionario español, que, a su vez queda a determinarse por Convenio de Conferencia Sectorial. Una grave renuncia del legislador a regular el derecho y el procedimiento de la movilidad territorial de los funcionarios públicos españoles. Pero que lo que importa aquí es que es un procedimiento por el que puede resultar que vacantes que no pueden ser cubiertas por funcionarios de la Administración convocante puedan serlo por los de otras Administraciones. Existe pues un procedimiento previo a la oferta, cuya duración puede ser diversa según los casos y que, en tanto no se produzca, no permite determinar la existencia de las vacantes o plazas que se pueden incluir en la oferta. Por ello, el punto 2 del artículo que viene a exigir que anualmente se apruebe la oferta de empleo público puede resultar inaplicable según casos y Administraciones, sobre todo en entes pequeños y, en cambio, se nos presente como básico. Tremenda contradicción una vez más la discrecionalidad otorgada en unos casos y la regulación poco racional en otros, ignorando derechos importantes en unos y creando derecho organizativo en otros, cuyos efectos están por ver y analizar.

Sólo queda por indicar el hecho, durante años manifestado por mi parte, de que en este juego de la determinación de las vacantes a incluir en la oferta no se consideran, ni pueden ser considerados, en principio, los puestos de trabajo calificados como de libre designación, pues todo el personal cesado en ellos tiene derecho a otro puesto en la organización o en aquella de la que proceda; además, los puestos de

trabajo de libre designación siempre pueden ser cubiertos por otro funcionario público y no quedan vacantes nunca al no poder ofertarse de entrada a los que hayan aprobado las pruebas selectivas. Bueno, todo ello siempre que se mantenga la más elemental racionalidad y sentido común.

Artículo 71: Registros de personal y Gestión integrada de recursos humanos.

1 Cada Administración Pública constituirá un Registro en el que se inscribirán los datos relativos al personal contemplado en los artículos 2 y 5 del presente Estatuto y que tendrá en cuenta las peculiaridades de determinados colectivos.

2 Los Registros podrán disponer también de la información agregada a sobre los restantes recursos humanos de su respectivo sector público.

3 Mediante convenio de Conferencia Sectorial se establecerán los contenidos mínimos comunes de los Registros de personal y los criterios que permitan el intercambio homogéneo de la información entre Administraciones, con respeto a lo establecido en la legislación de protección de datos de carácter personal.

4 Las Administraciones Públicas impulsarán la gestión integrada de recursos humanos.

5 Cuando las Entidades Locales no cuenten con la suficiente capacidad financiera o técnica, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas cooperarán con aquellas a los efectos contemplados en este artículo.

El artículo hay que considerarlo de carácter programático y no promueve a muchos comentarios, quizá hay que comentar que los

puntos 1 y 2, una vez más se dedican a exponer cuestiones organizativas hoy en día asumidas por cualquier Administración pública y que, desde mi punto de vista, no resulta necesario que se consideren como materia propia de norma con rango de ley. El punto 3 es evidente que tiene objeto en cuanto referido a la movilidad entre Administraciones públicas y respecto de los cuerpos de funcionarios que tienen carácter nacional.

El punto 4 destaca en cuanto hace referencia a la gestión integrada de recursos humanos, cuyo alcance y contenido depende de los conceptos en boga en la gestión administrativa en general¹³.

Capítulo II: Estructuración del empleo público.

Artículo 72: Estructuración de los recursos humanos.

En el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones Públicas estructuran sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este Capítulo.

Una primera lectura de este artículo nos puede hacer pensar que no ofrece nada de particular y parece en cierto modo lógico. No obstante, desde mi punto de vista o perspectiva, hay varias cosas que destacar, sin perjuicio de si, una vez más, el legislador sólo muestra su espíritu didáctico respecto de las Comunidades Autónomas. La primera que destacaría es que lo que el Estatuto denomina estructuración del empleo público forma parte del ámbito de autoorganización de las Administraciones públicas, sin distinción, y no del régimen jurídico

¹³ El interesado en la cuestión puede encontrar información suficiente a través de internet. Así, <http://www.ibermatica.com/ibermatica/whitepapers/RecursosHumanosUnaGestionIntegral.pdf> puede servir de ejemplo

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

propriadamente dicho. Por tanto, forma parte de las competencias que configuran su ámbito de autonomía y potestad, cuestión que de admitir en su plenitud puede hacer discutible el carácter de básico del resto de los preceptos del capítulo, si condicionan de algún modo esta capacidad de autoorganización o impiden otras decisiones distintas a las contenidas en el capítulo.

La segunda cuestión es que esa estructuración ha de hacerse de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones y conforme a lo previsto en este Capítulo. Esta manifestación legal resta peso a la primera realizada a favor de la autoorganización, puesto que pone de relieve que tiene límites. El primero, si seguimos el orden de importancia, es que el contenido del Capítulo se impone al legislador de cada Administración pública autonómica, el cual a su vez decide el modelo y su desarrollo en su ámbito y por lo que respecta a las entidades locales de su ámbito territorial y conforme a las bases estatales. La conclusión es que las entidades locales no tienen realmente competencias de autoorganización en la materia. Pero la cuestión también me plantea otra conectada y es que realmente la decisión de los sistemas de selección, promoción profesional, movilidad y distribución de funciones y la regulación correspondiente, implica la previa decisión de la estructura de los recursos humanos que es objeto real de regulación en el artículo 75, al referirse a los Cuerpos y escalas. Es decir, cada Autonomía ha de decidir si se estructura en cuerpos o escalas o utiliza ambas figuras o decide otro tipo de agrupación y de esta decisión depende la regulación de los procedimientos correspondientes a los temas antes señalados.

Dejamos la cuestión aquí porque en los restantes artículos del capítulo se analizará todo con más precisión. Pero si quiero recordar que

a efectos de selección, por ejemplo, vimos que el artículo 61 del estatuto, en su punto 6, segundo párrafo establece una seria limitación a la utilización del concurso como procedimiento selectivo en el caso de los funcionarios, al exigir una ley para su aplicación y con carácter excepcional.

Artículo 73: *Desempeño y agrupación de puestos de trabajo.*

1. Los empleados públicos tienen derecho al desempeño de un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema del empleo público que establezcan las leyes de desarrollo del presente Estatuto.

2. Las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones.

3. Los puestos de trabajo podrán agruparse en función de sus características para ordenar la selección, la formación y la movilidad.

El comentario de este artículo no se puede realizar de un modo desconectado de los que le siguen, sobre todo en cuanto su punto 3 está en íntima conexión con el artículo 76 y, por supuesto, con el 75, pero sí cabe hacerlo de un modo general en relación a su contenido específico. No se si es mi método de trabajo y de reflexión el que acerba el sentido crítico respecto de lo que leo, pero una vez más la impresión que me produce el artículo y el capítulo es la existencia de una máxima contradicción entre querer significar que se respeta claramente la autonomía de las distintas Administraciones públicas para ordenar su función pública y, de otro lado, por establecer, más que unos principios básicos rectores, unas soluciones concretas de carácter alternativo, al

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

mismo tiempo que se nos presentan estos aspectos que he dado en considerar como didácticos o ejemplificadores por parte de legislador estatal. Contradicción que se me presenta como una doble consideración del resto de las Administraciones públicas, por un lado como entes autónomos cuya potestad de autoorganización ha de ser ampliamente respetada, pero, por otro, como insuficientemente maduros, por lo que hay que guiar o encauzar sus posibles decisiones, estableciendo más que principios básicos alternativas de carácter técnico.

El punto 1 del artículo parece establecer una obviedad, puesto que resulta evidente que cada empleado público se sujeta en su actividad, etc., a lo dispuesto por la Ley que rija en su correspondiente Administración pública. El hecho que me produce confusión es que la redacción del precepto comience declarando el derecho, por parte de los empleados públicos, al desempeño de un puesto de trabajo, cuando existe un Título en el Estatuto dedicado a derechos y deberes.

El punto 2 se destina, antes de que se nos haya hecho referencia a la ordenación de los puestos de trabajo, a establecer una excepción a lo que hay que considerar como regla general: *el deber de los funcionarios de ejercer sus funciones o las del puesto de trabajo que desempeñan de conformidad con el contenido oficialmente otorgado al mismo*, de modo que se establece que existe una potestad administrativa para asignar a los empleados públicos tareas distintas a las establecidas para el puesto de trabajo que están desempeñando, cuando lo exijan o lo justifiquen las necesidades del servicio y con respeto a la clasificación profesional, grado o categoría del empleado. Me parece que la cuestión o el precepto que encierra se haya desubicado y que guarda más relación con el Capítulo I del Título que nos ocupa que con este capítulo II. El punto o precepto parece un resto, retal de otras redacciones o borradores, es

como una escena de una película que el montador ha dejado o colocado en una secuencia que no le corresponde.

Finalmente, el punto 3 se manifiesta con el carácter didáctico ya señalado, pero manifiesta la razón organizativa por la que procede una agrupación de puestos y que son la selección de personal, la formación y la movilidad. El punto me hace recordar cómo en el momento de proyectar lo que fue la primera Ley de la función pública valenciana, en la que los cuerpos no podían constar como modo estructural de la misma, se hacía necesario manifestar el hecho que aquí se evidencia: la necesaria agrupación de puestos atendiendo a sus funciones, clasificación y sectores de administración general o especial, señalando que la finalidad de la clasificación de puestos de trabajo lo era *básicamente a los efectos de previsión y selección de personal, provisión, fijación de conceptos retributivos...y del sistema de baremación...*¹⁴

La cuestión que plantea ahora el Estatuto es si, dado el artículo que a continuación se expone y comenta, de nuevo es correcta o no la ubicación del punto 3 en ese momento y si ello tiene que ver realmente con el enunciado del artículo 73 o con la ordenación.

Artículo 74: Ordenación de los puestos de trabajo.

Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos.

¹⁴ El interesado en este punto puede ver el primer texto de la Ley 10/1985 de la función pública valenciana en su título II.

Bien, hemos llegado a un punto clave de la organización de la función pública o de toda la organización administrativa pública o, incluso del llamado derecho de la organización. Se trata, en resumen, y aunque no se menciona directamente, del análisis y clasificación de puestos de trabajo como técnica para decidir cuestiones organizativas, estructurales o procedimentales en su caso. La Exposición de motivos poco nos dice al respecto, pues respecto de la ordenación del empleo público y de la estructuración en cuerpos, escalas, clases o categorías, nos dice que el Estatuto *pretende ser escrupulosamente respetuoso de las competencias legislativas de las Comunidades Autónomas*, así como de su autonomía organizativa y de las Administraciones locales. Realmente el artículo se refiere a las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos similares, pero a los que no cabe llegar si no es a través de la mencionada técnica.

Este sistema de ordenación está vigente desde la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y es posible preguntarse hasta qué punto las relaciones de puestos de trabajo con las que cada Administración cuenta en la actualidad han sido realizadas a través de sistemas objetivos y racionales y flexibles. No voy a entrar en casuísticas o experiencias concretas, pero sí hay que abordar los problemas que lleva la ordenación regulada en este artículo, pues basta con leerlo para contemplar que del procedimiento correspondiente por el que se llega a la relación de puestos de trabajo, plantillas o como quiera llamarse al instrumento correspondiente, depende, en teoría, la estructuración de la función pública de cada Comunidad Autónoma, puesto que abarca *al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que*

estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Ante la experiencia habida en mi caso con el proceso de clasificación de puestos de trabajo en la Administración del Estado desde 1964 hasta la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública y, a partir de ésta, con el realizado en la Comunidad Autónoma Valenciana, me pregunto si la regulación de esta cuestión o problema de organización está bien realizada o no, pues a estas horas de la función cabe considerar que cada Administración pública en estos aspectos estructurales tendrán asumidas ya las decisiones correspondientes. Es decir, tendrán cuerpos, o escalas o clases de puestos o de funcionarios y, por supuesto, relaciones de puestos de trabajo. Únicamente se ven forzadas las distintas Administraciones públicas a reagrupar a su personal en los nuevos grupos resultantes del artículo 76 del estatuto y consecuencia de la reforma educativa.

De otro lado, no me convence que el artículo se enuncie como regulador de la ordenación de puestos de trabajo y comience su contenido refiriéndose, en general, a la estructuración de la organización de cada Administración pública, cuando la estructuración de la organización de una Administración pública es algo más que la de su función pública y más que las relaciones de puestos de trabajo. Por tanto, la referencia real, no mostrada directamente en el texto, es la de la señalada técnica de análisis que conduce o permite conducir a tomar decisiones estructurales y que parte del análisis, descripción de los puestos en sus funciones requisitos y nivel de responsabilidad y jerarquía.

Pero es el caso que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se nos presenta como un cambio importante y, sobre todo, desde mi punto de vista, parece presentarse

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

como una oportunidad para hacer aquello que un régimen jurídico más estricto no permitió hacer. El artículo 74, en su redacción, se presenta como un mandato a cada Administración y, por tanto, aparece como la posibilidad de que cada Comunidad Autónoma reconsidere su organización o estructura funcional, puesto que puede dejar su estructura corporativa o, al contrario, en su caso, adoptarla, porque puede, dado el nuevo diseño de la carrera profesional de los funcionarios, pensar en crear escalas de puestos de trabajo que permitan ascensos verticales y cambios de categorías, conectando además con la evaluación del desempeño, etc. En cierto modo, obligada cada Comunidad Autónoma a desarrollar el Estatuto se reabren necesarias reflexiones sobre cuestiones técnicas siempre presentes y nunca solucionadas de modo completo y racional y esta reflexión no es sólo una reflexión interna sino que alcanza a ámbitos universitarios y escuelas dedicadas en general ofrecer estudios y servicios en relación con la administración en general y la gestión administrativa o la dirección o, incluso, servicios para realizar la ordenación correspondiente.

Pero la realidad es que no estamos en un puro y mero nacimiento de una organización, sino en organizaciones en marcha, no es un momento como el de 1984, salvo que se considere que hemos entrado en una reforma del Estado de las Autonomías y que estamos camino de otro modelo de Estado. Por ello las medidas adoptadas por el Estatuto Básico del Empleado Público suponen una incidencia directa en los intereses burocráticos y afectan, sobre todo a la carrera profesional de los empleados, lo que equivale a su retribución, ascenso, cambio de puesto, grupo o cuerpo, etc. y, por lo tanto, no puede considerarse que el proceso es un proceso lento de estudio y reflexión técnica y serena, sino un proceso acuciado por la necesidad política de realizar o iniciar un

procedimiento legislativo y por los intereses económicos de funcionarios y de algunos grupos sociales que, al participar en todo el proceso o en parte del mismo, pueden verse beneficiados.

Lo lógico, pues, es que de nuevo nos encontremos con una regulación primero y después con el proceso técnico y siempre con los intereses burocráticos, corporativos y sindicales en conseguir una determinada configuración de las relaciones de puestos de trabajo y de los aspectos que abarcan. Pero hay que seguir contemplando lo regulado.

Artículo 75: Cuerpos y escalas.

1. Los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo.

2. Los cuerpos y escalas de funcionarios se crean, modifican y suprimen por Ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

3. Cuando en esta Ley se hace referencia a cuerpos y escalas se entenderá comprendida igualmente cualquier otra agrupación de funcionarios.

En derecho, la literalidad de la Ley es el primer elemento de interpretación de su contenido, pero partiendo de su análisis en conjunto y no de cada precepto aislado, por ello este artículo hay que ponerlo en relación con los anteriores del Capítulo que ahora estoy analizando. Así este artículo se refiere a la agrupación de los funcionarios, el 73.3 a la agrupación de los puestos de trabajo, el 72 a la estructuración de los recursos humanos y el 74 a la estructuración de la organización y, como veremos, el 76 a la clasificación en grupos de los cuerpos y escalas. De

los cuatro artículos hasta ahora reflejados podríamos establecer que son los funcionarios y no los puestos de trabajo los que se agrupan en cuerpos o escalas u otro sistema similar, pero que los puestos de trabajo que se agrupan a efectos de ordenar la selección, la formación y la movilidad se adscriben a los cuerpos, sin que el artículo 74 nos diga que esta adscripción se realiza a través de las relaciones de puestos de trabajo, sino simplemente que éstas reflejarán los cuerpos o escalas a que estén adscritos. Es decir, sencillamente, reflejan en cada puesto el cuerpo al que se adscriben. La agrupación de puestos prevista en el artículo 73, tampoco se dice que se realice a través de las relaciones de puestos de trabajo. A las relaciones de puestos de trabajo parece que sólo se les otorga un aspecto gráfico o de publicidad. No se conectan con los procedimientos analíticos por los que se adopten las decisiones clasificatorias y ordenadoras que configuran la estructura tanto organizativa como funcional. Y como ya se ha señalado se presentan como elemento estructural, pero la ordenación principal de la función pública parece ser el cuerpo o las agrupaciones de funcionarios.

El artículo 76.1 nos refiere que los cuerpos, escalas etc., agrupan a los funcionarios con competencias, capacidades y conocimientos ***comunes acreditados a través de un proceso selectivo***. Estimo que este punto hay que conectarlo con el punto 3 del artículo 73 y que la agrupación en él prevista, que lo es a objeto de ordenar la selección, la formación y la movilidad, es la que ha de adoptarse para crear un cuerpo, una escala, una clase o cualquier otra agrupación. Por lo tanto, a estos efectos, los puestos de trabajo se adscriben a un cuerpo, escala o sistema similar, que se crean mediante norma con rango de ley, en la que se supone se especifican las competencias, capacidades y funciones que determinan los conocimientos a demostrar en el proceso selectivo. El acceso a un cuerpo, escala o sistema similar se produce pues a través

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

de procesos selectivos y no de sistemas de provisión. Tema este que afecta a la movilidad entre Administraciones públicas.

También estimo que la primera gran decisión organizativa y estructural de una función pública resulta ser la de decidirse por su configuración en cuerpos o escalas o en ambos o en cualquier otro sistema de agrupación de funcionarios. Pero la realidad es que esta agrupación ha de considerar las funciones, competencias y conocimientos necesarios en cada puesto de trabajo y agrupar los que las tienen comunes o requieren de los mismos conocimientos o formación, bien para crear un cuerpo o escala o clase, bien para atribuirles los puestos que en el futuro se constituyan. Creo que el Estatuto Básico del Empleado Público consolida las estructuras de corte corporativo, aun cuando queda la cuestión de las escalas.

En orden a esta cuestión, la diferencia entre un cuerpo y escala, en principio, es la de que el primero constituye un bloque de puestos de trabajo en los que se realiza una misma función que, normalmente se corresponde con unos conocimientos determinados, que se adquieren a través de estudios académicos y títulos que habilitan para el ejercicio de profesiones concretas y determinadas. La movilidad dentro de un cuerpo de funcionarios es escasa (la movilidad es mayor en el Estado centralizado y es preferentemente territorial), puesto que no pueden establecerse grandes diferencias en contenidos en unos que en otros, los cuales, sea como sea, siempre se corresponden con conocimientos propios del título y profesión concretos. Por ello, los cuerpos fueron el modelo típico de estructuración de los especialistas frente a la estructuración de los administradores generales que se organizaron en escalas. No obstante, es posible configurar puestos con responsabilidades distintas dentro de los cuerpos especiales o más burocratizados y así cabe que se ejerzan funciones asesoras y dentro de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

la organización burocrática propiamente dicha o en el nivel superior planificador o de adopción de decisiones, o puede que se ejerza la profesión en las mismas condiciones que en el mundo privado o en la sociedad. Un arquitecto, un médico, un abogado, un ingeniero, un astrónomo, por ejemplo, constituidos en cuerpo de funcionarios lo son para ejercer su profesión en el ámbito público y en algunos casos el cuerpo puede comprender puestos en los que se asesora técnicamente o se informa, también técnicamente, en el seno de un procedimiento de decisión o en uno de gestión ejecutiva y en el ámbito de una oficina pública.

Para crear o considerar una escala hay que partir de la existencia de puestos que están conectados y que se corresponden con distintos niveles, bien de categoría bien de jerarquía, como ocurre en los escalones, elemento constitutivo de la escala o de la escalera. Por ello, escalar equivale a ascender o subir. Precisamente la organización burocrática que está jerarquizada constituye el ámbito propio de una escala y, por ello también, la denominada Administración general o burocrática es la que se correspondió históricamente con las escalas, tanto en la Administración estatal central como en la Administración local. Pero, además, las funciones a desarrollar coincidentes con funciones propiamente administrativas no venían correspondiéndose con titulaciones específicas o académicas, sobre todo con un título facultativo específico. Así los puestos superiores de la Administración general, ligados al procedimiento administrativo, fueron patrimonio de los licenciados en derecho. Pero lo cierto, es que en la Administración general se podían determinar o encontrar puestos en los que no constituyera requisito imprescindible una titulación concreta, sino, todo lo más una formación determinada y unas experiencias concretas, sin perjuicio de su evaluación para el ascenso de un puesto a otro o el

simple requerimiento de una antigüedad para ello. La escala aparece como un sistema más abierto, con movilidad mayor que el cuerpo, con puestos que pueden requerir conocimientos o experiencias distintas, que además no necesariamente se adquieren a través de estudios o titulaciones sino con el mero ejercicio de la actividad profesional.

La situación de la Administración general cambió en 1964 al crearse los Cuerpos generales y desaparecer las escalas de Administración general existentes en cada ministerio. La exposición de estas cuestiones que normalmente son conocidas por los preocupados o expertos en materia de función pública y de su proceso histórico, se hace necesaria por la razón ya expuesta de que el Estatuto Básico del Empleado Público abre de nuevo la cuestión. Pero sin entrar en las disfunciones que la creación de los cuerpos generales haya producido, lo que cabe evidenciar es que el tiempo y sobre todo la preocupación por la figura del directivo público, así como los estudios de Ciencias políticas y el desarrollo de los estudios de Ciencia de la Administración y la configuración de su contenido por Baena del Alcázar¹⁵, nos presentan en el seno de la organización burocratizada o en la zona decisional, coincidente con la zona superior de la pirámide y propia de los altos funcionarios, bien de administración general o bien conectada con ella, una actividad directiva que se muestra en relación con la formulación o adopción de las políticas públicas, que asume caracteres de función directiva propia y exclusiva de la Administración pública en conexión con la organización política o de gobierno, que hoy está clasificada como de libre designación y que en el Estatuto Básico del Empleado Público, parece quedar comprendida en su artículo 13, que ya hemos analizado y que queda sujeta o remitida a un régimen jurídico específico.

¹⁵ Véase *Curso de Ciencia de la Administración* 4ª edición reformada. Ed. Tecnos Madrid 2000

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Nivel, distinto del directivo de zona operacional o de servicios, que por su mayor abstracción funcional y relación con las políticas públicas, puede configurarse como un cuerpo o clase. Sin perjuicio de que el directivo de la zona operacional, si se consideran aspectos económicos y gerenciales, pueda igualmente así configurarse.

El conjunto de estos primeros cuatro artículos se muestra deslavazado e insuficiente, pues no resuelve problemas clásicos y vigentes y nos muestra cómo el Estatuto, pese a su artículo 13, deja sin resolver y ni siquiera se refiere en la ordenación o estructuración del empleo público a la diferenciación entre Administración general y especial y a aquéllos puestos de trabajo a los que pudiera accederse desde cualquiera de estos sectores y que no pueden ser otros que los que hemos calificado como de nivel directivo de zona decisional o, también, por qué no, de la zona operacional. Sin embargo, existiendo en dicho conjunto una forzada tendencia a resolver el problema de la estructura y ordenación de la función pública mediante los cuerpos de funcionarios o agrupaciones similares, el artículo 74 parece mantener la posible adscripción de un mismo puesto a diferentes cuerpos o escalas. En este caso, si dicha adscripción se produce en los puestos de libre designación nos encontramos con la creación de una zona de puestos que acaba excluyéndose de la oferta de empleo público, puesto que primero el puesto no puede anunciarse en distintas pruebas selectivas o en todos los cuerpos a que se adscribe y, segundo, porque hasta ahora la zona de libre designación ha permitido una movilidad que evitaba reservas de puestos concretos y cadenas de desplazamientos. Si bien se configuraron distintas soluciones a los ceses en puestos de libre designación, pero la cuestión forma parte de la provisión de puestos de trabajo. No obstante si creo que el sistema de adscripción de un puesto de trabajo a diversos cuerpos crea mayores problemas en la provisión por el sistema de

concurso y para determinar, en caso de vacante, en el cuerpo en que se ofrece la misma.

Desde mi punto de vista, el conjunto se nos muestra totalmente desordenado, amén de no decidir nada, en ningún sentido, en aras de la autonomía de cada Administración pública. Creo que la cuestión resulta más sencilla, si bien para llegar a ello es preciso realizar un análisis histórico.

En primer lugar, de siempre, la dicotomía administración general y administración especial está presente, es un hecho permanente en la Administración pública española. El problema entre una y otra, en primer lugar y básicamente, es el de la lucha por la apropiación de los puestos superiores de la organización, no calificados como estrictamente políticos. De estos últimos, en cierto modo los cuerpos especiales, algunos al menos (ingenieros, arquitectos, etc.), consiguieron su adscripción corporativa formal, o material en su caso. En realidad, repito, nos estamos refiriendo a la zona decisional o directiva pública.

La creación del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado, no configurado directamente como directivo, pero de cuyos puestos a él *reservados* conforme a las reglas legales¹⁶, unos, los de *mayor responsabilidad*, debían de ser desempeñados por funcionarios con *diploma de directivo*, suponía legalmente que el nivel directivo pasaba a ser patrimonio de los administradores generales superiores que obtuvieran un diploma directivo. La lucha burocrática se agudizó y los intereses corporativos de especialistas y Técnicos de Administración Civil, determinan la desaparición del diploma de directivo, la adscripción múltiple o a diferentes puestos del nivel superior de la organización administrativa, su calificación como de libre designación, que con la carencia de exigencia de diploma o formación específica,

¹⁶ Véase el artículo 531.b) de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

supone la absoluta politización del sistema y la aparición del clientelismo y la permanencia de las luchas corporativas y la tendencia actual a no distinguir el directivo público de la zona decisional, aplicando conceptos de la empresa privada, más en consonancia con los directivos de la zona operacional o de prestación y gestión de servicios, en los que la movilidad, mas bien el acceso, parece como más factible e, incluso, propiciado por la figura de los contratos de alta dirección. Es decir, la confusión entre los distintos tipos de directivos a los que nos referimos al comentar el artículo 13, bajo la denominación general de *Personal directivo profesional* no soluciona nada, traslada la lucha corporativa anterior a la del establecimiento de un concepto de directivo que favorezca los intereses de cada sector, con el agravante de que en la Administración general se han creado otros cuerpos superiores distintos del único antes existente.

El hecho importante, consecuencia de la reforma de 1964 es la aparición del puesto de trabajo como elemento estructural y la necesidad de una actividad dirigida a su análisis e investigación y adscripción de base corporativa, con el problema posterior por inaplicación del sistema legal diseñado de la lucha por la adscripción múltiple de los puestos superiores, en realidad, y finalmente, por los de libre designación que acaban siendo de adscripción múltiple. Pero si el cuerpo en sí mismo no es un sistema cerrado al que sólo se accede mediante pruebas selectivas, entiéndase oposiciones, como sigue siendo la actual regulación, la cuestión se simplifica, porque realmente sólo sería una agrupación de puestos, no de funcionarios como dice el artículo ahora comentado, a los que se accedería desde cualquier punto de una Administración pública, si el modelo de movilidad resultante lo permite, siempre que se cumplieran los requisitos necesarios establecidos para el puesto concreto. Así las relaciones de puestos de trabajo sí tendrían carácter

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

ordenador, pero sujetas a un proceso previo de investigación, análisis y clasificación, sin adscripciones corporativas, en todo caso el cuerpo tendría su consideración en virtud de su formación o del nivel de las pruebas selectivas correspondientes que se tuvieron que superar. Si bien este es un campo que se relaciona con el prestigio del cuerpo, entroncable con el mérito, pero valorable en fase de provisión de puestos de trabajo, en el que las relaciones de puestos de trabajo juegan una de sus funciones básicas.

En este caso, la Administración general se puede configurar de nuevo como una escala y dentro de ella se pueden configurar clases o niveles según titulación o según los grupos del artículo 76 y en ella cabe que un puesto pueda ser cubierto por funcionarios de titulaciones o grupos diferentes y, lo racional, es que estos puestos en los que sea posible esta confluencia o grupos diferentes, sean bien el final de la carrera de un nivel o, bien, el principio de la del nivel superior.

De otro lado, en la Administración especial, según las decisiones adoptadas en la Administración, cabe la laboralización, sin perjuicio de que la clasificación de puestos de trabajo puede establecer qué puestos pueden ser desempeñados indiferentemente por funcionarios o laborales y cuales requieren ser funcionario o la superación de determinadas pruebas encaminadas a comprobar la adquisición de conocimientos propios de quienes han de ejercer funciones públicas propiamente dichas o potestades administrativas, normalmente *ad intra*.

Es decir, el análisis de estos artículos refuerza mi idea, plasmada en 1985, en la Ley Valenciana de la Administración Pública, de que la simple distinción entre los sectores de administración general, especial y laboral y una adecuada clasificación de puestos de trabajo y una simplificación del sistema retributivo, permite una organización más racional, más profesional, más cercana a una gestión empresarial, con

mayores opciones de movilidad, que permite el diseño de una formación del personal verdaderamente entroncada con su mejor gestión y aprovechamiento y no dirigida a la simple acumulación de puntos a efectos de la provisión, sino a la adquisición de conocimientos directamente aplicables al puesto que se pretende o la carrera que se quiere alcanza y concordante con un sistema de evaluación del desempeño que pueda considerar dicha formación adquirida.

Pero lamentablemente, no se puede dejar de contar con los intereses de los políticos y con su necesidad de dirigir a la Administración partiendo de un sistema de confianza, por lo que no es posible establecer este diseño sin contar con el sistema de provisión de puestos de trabajo y sobre todo con la coincidencia de que los puestos propios de un cuerpo directivo público abierto y profesional, aparecen ligados a estos intereses políticos y a los resultados en orden a la eficacia de las políticas públicas y dependen del diseño del sistema de libre designación y de sus consecuencias. Por lo que lo dicho hasta ahora se muestra condicionado por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que serán objeto de comentario al analizar el Capítulo III.

Artículo 76: Grupos de clasificación profesional del personal funcionario de carrera.

Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos:

Grupo A, dividido en dos subgrupos A1 y A2.

Para el acceso a los cuerpos y escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos

supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta.

La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso.

Grupo B. Para el acceso a los cuerpos y escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior.

Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso.

C1: título de bachiller o técnico.

C2: título de graduado en educación secundaria obligatoria.

El artículo tiene como objeto principal la adaptación de los grupos de titulación a la estructura de las distintos niveles de enseñanza y en especial al de las enseñanzas universitarias que se encuentran en el proceso iniciado por la Declaración de Bolonia de 1999, cuya plena consecución se prevé para el año 2010, por lo que, en el momento de efectuar este comentario, aún no ha concluido.

Hay que recordar, además, que el encuadre en un grupo o subgrupo, realmente en un cuerpo, determina las retribuciones básicas de los funcionarios, sueldo y trienios.

La reforma en cuanto a las titulaciones parece centrarse en las enseñanzas de Grado, que según el Real Decreto 55/2005, en su artículo 7, se regula o define del siguiente modo: *El primer ciclo de los estudios universitarios comprenderá enseñanza básicas y de formación general, junto con otras orientadas a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional. La superación del ciclo dará derecho a la obtención del correspondiente título, con la denominación que en cada caso acuerde el Gobierno.*

De otro lado el Real Decreto 1393/2007, establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales y en su artículo 9 nos dice que: *Las enseñanzas de Grado tienen como finalidad la obtención por parte del estudiante de una formación general, en una o varias disciplinas, orientada a la preparación para el ejercicio de actividades de carácter profesional.*

Se inicia todo un proceso, pues, de inscripción de títulos según Universidades en el Registro de Universidades, Centros y Títulos¹⁷. Lo importante es destacar que el proceso de elaboración y aprobación de los planes de estudios que refleja el artículo 12 del Real Decreto 55/2005, determina que los títulos universitarios de Grado se elaboran y aprueban por cada universidad, previa autorización de su implantación por el órgano competente de la respectiva Comunidad Autónoma y ajustándose a las directrices generales comunes previstas en el Real Decreto y a las directrices generales propias que el Gobierno establezca para cada título, y deberán ser sometidos a un proceso de homologación, de acuerdo con la normativa vigente. Hay un margen de discrecionalidad para cada universidad en contenidos formativos específicos y cabe el establecimiento de planes de estudios conjuntos entre universidades españolas y con universidades extranjeras.

No obstante, el artículo hay que considerar que sólo se refiere a la necesidad de que los cuerpos y escalas se clasifiquen en uno de los niveles de titulaciones que en el se mencionan, por lo que en el momento de la creación del cuerpo y en consideración a sus funciones y capacidades necesarias, cada Administración pública y cada parlamento decide el nivel de enseñanza que precisa para el desempeño y ejercicio de su función y el grupo correspondiente. No cabe, pues, en esta fase de

¹⁷A título de ejemplo, puede verse la [Resolución](#) de 24 de septiembre de 2008, de la Secretaría de Estado de Universidades (BOE del 26)

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

la gestión de recursos humanos, exigir titulaciones de determinadas o concretas universidades en virtud de sus programas y mayor o menor adecuación a las exigencias de cada Administración pública o intereses corporativos o de otra índole. La mayor o menor utilidad y adecuación de las titulaciones y planes y programas específicos de cada universidad se pueden manifestar en las pruebas selectivas correspondientes; es decir, en el momento de la selección de funcionarios, cuando puede resultar que los titulados de determinadas universidades tienen mayor éxito en la superación de las pruebas y en la obtención de plazas.

Sin embargo, hay un punto del artículo en el que queda un mayor grado de discrecionalidad, lo que puede conducir a decisiones distintas según los casos y a problemas en la movilidad funcional y en las homologaciones que prevé el artículo 84.2 del Estatuto, pendiente de análisis. Este punto lo constituyen los dos párrafos dedicados al Grupo A de titulación, en cuanto primero contempla la posibilidad de que la Ley exija un título universitario diferente al de Grado, sin indicar criterios o situaciones que puedan llevar a ello, ni establecer con claridad a qué ley se está refiriendo, si la de desarrollo del Estatuto o la de creación del cuerpo correspondiente. La otra cuestión deviene del segundo párrafo que establece unas pautas para decidir la clasificación en uno u otro de los Subgrupos, siendo estas pautas o criterios el nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y las características de las pruebas de acceso.

Puede deducirse de estos párrafos que en determinados casos, es decir, cuerpos o agrupaciones de funcionarios, la Ley decida exigir un título de Master universitario, caso en el que sí que existe una gran diversidad de posibilidades al ser títulos por universidades y por especialidades académicas o profesionales. Por tanto la redacción del artículo no descarta que se den casos en los que determinadas

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Comunidades Autónomas decidan la exigencia de títulos concretos y por Universidades concretas para el acceso a un cuerpo de funcionarios, sin que sea necesario que exponga todas las consecuencias que ello puede suponer, tales como una limitación a la libertad de concurrencia o un sistema contrario a la libre circulación de los españoles en el territorio nacional y la creación de grupos privilegiados que automáticamente o con gran facilidad podrán integrarse en los niveles superiores de cada Administración pública. El Subgrupo A1 apunta, pues en esta dirección.

Pero, además, por si no es suficiente con esta posibilidad, cada ley de creación del cuerpo puede decidir su integración en dicho Subgrupo, atendiendo al nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y a las características de las pruebas de acceso. En resumen, determinados cuerpos aun con exigencia del título de Grado, pueden verse encuadrados en el Subgrupo A1 sólo con que la ley justifique retóricamente su relevante función y lo difíciles que son los programas y las pruebas selectivas para acceder a ellos. Esto recuerda claramente tiempos ya casi remotos en los que los cuerpos de funcionarios, que se autoregulaban, establecían cada vez programas más extensos en materias y temas, al efecto de reclamar un coeficiente multiplicador del sueldo más alto y con ello conseguir una mayor retribución y prestigio social. Es de prever que nadie se conforme con permanecer en el Grupo A2 y luche por resaltar la importancia de su función y los mayores conocimientos que se exigen en virtud de lo complicado que se hace su trabajo y la aparición de nuevos conocimientos que es preciso adquirir y, por lo tanto, exigir en adelante en las pruebas selectivas. Por lo que las solicitudes de reclasificación y los agravios comparativos pueden ser problemas cotidianos en la gestión de recursos humanos a la que conduce esta decisión o, más bien, indecisión legal.

No ofrece dudas la clasificación en los Subgrupos C1 y C2, pero hay que tener en cuenta la Disposición Transitoria Tercera del Estatuto que no hace falta comentar aquí, salvo por lo que hace referencia a su previsión de un Grupo E que incluye las agrupaciones previstas en la **Disposición Adicional Séptima: Otras agrupaciones profesionales sin requisito de titulación.**

1. Además de los Grupos clasificatorios establecidos en el artículo 76 del presente Estatuto, las Administraciones Públicas podrán establecer otras agrupaciones diferentes de las enunciadas anteriormente, para cuyo acceso no se exija estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo.

2. Los funcionarios que pertenezcan a estas agrupaciones cuando reúnan la titulación exigida podrán promocionar de acuerdo con lo establecido en el artículo 18 de este Estatuto.

La Disposición pues parece ir a solucionar el acceso a determinados puestos en los que una titulación no sea imprescindible para su desempeño, mediante la creación de estas agrupaciones profesionales.

Por tanto, aun cuando, el Grupo E previsto en la Disposición Transitoria Tercera en su punto 2, se presente como de carácter transitorio, en realidad y dependiendo de la voluntad de cada Administración pública, lo cierto es que podemos considerar la existencia práctica de dicho Grupo E.

Artículo 77: Clasificación del personal laboral.

El personal laboral se clasificará de conformidad con la legislación laboral.

A la vista de este artículo cabe deducir que el sistema de los Grupos de clasificación antes comentados no sea de aplicación al personal laboral, pero la realidad es que todo depende no tanto de lo que prevea según profesiones y actividades y convenios el ordenamiento jurídico laboral, como de los convenios concretos de cada Administración pública con los sindicatos y en vía de negociación, por lo que nada impide que el sistema del artículo anterior se aplique respecto del personal laboral, si bien sin necesidad de crear Cuerpos y sin necesidad de leyes o intervenciones parlamentarias.

Todo un campo abierto, pues, y una dificultad añadida a la gestión de cada Administración pública en materia de recursos humanos.

Capítulo III: Provisión de puestos de trabajo y movilidad.

La Ley se ocupa ahora de una cuestión que ha tenido que ser aludida y comentada con anterioridad en distintas ocasiones, sobre todo al referirnos al personal interino, a la oferta de empleo público y a la carrera profesional de los empleados públicos. Desde mi punto de vista la provisión de puestos de trabajo y la movilidad, según como se entienda esta última, constituye el núcleo duro de la gestión de recursos humanos o de la administración de personal y es, a su vez, el instrumento básico para una buena administración ya que de él depende el ajuste de las personas a los puestos de trabajo, el adecuado desempeño de las funciones públicas e, incluso, la profesionalización o no de la administración pública, lo que es lo mismo que decir que de la provisión de puestos de trabajo y de los sistemas o procedimientos de la misma depende verdaderamente la eficacia de la Administración pública.

Además, cualquier teórico del sistema no puede dejarlo de conectar con el análisis y clasificación de puestos de trabajo que forma

parte indudable de la ordenación y estructura del empleo público y debería determinar los requisitos, conocimientos, experiencia, formación y habilidades de las personas que han de desempeñar cada puesto. Finalmente, no puede dejar de tenerse en cuenta que el sistema conecta, como ya se ha visto, con la evaluación del desempeño.

Pero vamos a analizar la cuestión artículo por artículo.

Artículo 78: Principios y procedimientos de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera.

1. Las Administraciones Públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.

2. La provisión de puestos de trabajo en cada Administración Pública se llevará a cabo por los procedimientos de concurso y de libre designación con convocatoria pública.

3. Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto, podrán establecer otros procedimientos de provisión en los supuestos de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos.

Es indudable, como he señalado antes de reflejar este artículo, que existe una directa vinculación con la carrera profesional, y el artículo señala, en primer lugar, los principios básicos y constitucionales que rigen el sistema, en cuanto lo que se trata es de seleccionar personas, mejor dicho funcionarios, para puestos concretos. Los principios que se reflejan son los mismos exigibles para el ingreso o acceso a los empleos y funciones públicas, pero ahora entre quienes ya tienen la condición de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

funcionarios y que, al tratarse de cubrir puestos concretos, el mérito, principalmente, ha de circunscribirse a las condiciones, requisitos, conocimientos necesarios y funciones y tareas de cada puesto. El establecimiento o exigencia de estos principios en este caso no refleja tanto el derecho de acceso de cada ciudadano en condiciones de igualdad a los empleos o funciones públicas, como consiste en una garantía de eficacia y buen funcionamiento de las Administraciones públicas.

El artículo en su punto 2 se refiere a sólo dos sistemas de provisión: el concurso y la libre designación con convocatoria pública, a cada uno de los cuales dedica su artículo, como veremos, y, por tanto, no nos dedicaremos a ellos directamente en este momento. Sólo quiero resaltar que como el Estatuto, permanentemente, deja abiertas decisiones a cada Administración pública, hay que considerar que el concurso queda vinculado a la carrera profesional vertical, en cuanto el funcionario que acude a él lo hace para obtener otro puesto de trabajo, si bien no necesariamente para ascender, como considera la definición de esta carrera en el artículo 16.3 b), sino a lo mejor, simplemente, para cambiar de trabajo o de tareas o funciones e, incluso, de localidad. Pero no hay que olvidar que, tal como prevé este mismo artículo en su punto 4, al ser posible el progreso simultáneo en los dos modelos de carrera profesional, el concurso puede ser el instrumento de vincular a los mismos. Puede establecerse que para desempeñar determinados puestos sea necesario haber alcanzado un determinado grado o categoría o, de otro lado, que la obtención por concurso de un puesto de trabajo determine automáticamente la adquisición de un grado o categoría determinada.

El punto 3 deja abierto un cúmulo de posibilidades y rehuye el apuntarlas, pero es necesario tener en cuenta que los otros

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

procedimientos que pueden establecerse, pueden tener efectos perversos y afectar a la verdadera aplicación de los principios establecidos en el punto 1. Voy a tratar de exponer las razones de esta afirmación.

Tradicionalmente, al margen de los procedimientos establecidos por el artículo 78 en su punto 2, y aunque puedan considerarse en su caso comprendidos en el artículo 81, que más adelante se comentará, han existido otras formas de provisión de puestos de trabajo que han sido las comisiones de servicios, forzosas y voluntarias, y los nombramientos provisionales. Ambas hay que considerarlas como figuras de carácter temporal; es decir, sujetas a una duración determinada, normalmente la del tiempo requerido para celebrar el procedimiento normal de provisión del concurso o el requerido por la necesidad que se tratara de satisfacer.

La comisión de servicios de carácter forzoso, estimo que ha dejado de tener una real vigencia, pues su fin era el de cubrir una vacante por nadie solicitada y cuya cobertura era imprescindible, de tal modo que la Administración podía destinar a ella con carácter forzoso al funcionario más joven y con menores cargas familiares perteneciente al cuerpo al que pertenecía o correspondía la plaza vacante. Como es fácil de comprender existiendo la solución del funcionario interino, la figura ha sido prácticamente inutilizada.

Pero junto a esta figura e, inicialmente, al margen de la legislación de funcionarios, pero al amparo de la de retribuciones y de la figura de las dietas y comisiones, se va configurando la utilización de la comisión de servicios de carácter temporal y voluntaria, destinada a satisfacer necesidades no consolidadas estructuralmente como puestos de trabajo o plazas, sino basadas en el requerimiento de una actividad técnica o especializada, que no fuera útil o conveniente cubrir mediante un funcionario interino, sino por un verdadero especialista. La figura

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

correspondía a una lógica organizativa que consiste en estimar que ante una necesidad técnica de un órgano, organismo o Administración pública, en la que no se cuenta con expertos, se puede desplazar a uno a efectos de satisfacer la necesidad e, incluso, proporcionar la especialización a los funcionarios de plantilla. La legislación previó para estas comisiones una duración máxima de dos años, en realidad de uno prorrogable por otro, y extendió la figura a la cobertura de vacantes propiamente dichas. El interesado en analizar la figura y considerar su posible aplicación en la normativa de desarrollo del Estatuto, puede ver el artículo 64 del Real Decreto 364/1995, 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.

Si la figura podía tener justificación de forma restringida y al margen de la existencia de vacantes, ligada a ésta se presenta coincidente con otras soluciones técnicas destinadas a cubrir vacantes con carácter temporal y que se engloban en la figura de los “nombramientos provisionales” o de carácter provisional. Figura que permitiría configurar a la comisión de servicio voluntaria, en su sentido restringido y técnico, como meritable y como servicio especial prestado, ya que, al destinarse ahora, en cambio, a cubrir voluntariamente y con carácter temporal verdaderas vacantes destinadas a ser cubiertas por concurso y sujetas a los procedimientos de mérito y capacidad, se discute que haya de tener efectos para la carrera y llega a no ser considerada como mérito. Situación que perjudica a las comisiones basadas en servicios verdaderamente especiales.

Los nombramientos provisionales cubren diversas necesidades y permiten, en su caso, como los propios nombramientos interinos, que los concursos de provisión de puestos de trabajo se realicen por un

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

procedimiento general y no singularizado, dirigido a lograr la máxima eficacia y, también, a conseguir una permanencia racional y lógica en cada destino, de manera que el aspirante a cambiar de puesto u obtener destino tenga ante sí el máximo número de vacantes posibles y que la Administración pueda elegir el más idóneo para cada puesto. Permite un ajuste racional al sistema de mérito y capacidad, y facilita una gestión de recursos humanos más ajustada y atemperada por un calendario, sin continuas reivindicaciones respecto a las vacantes existentes y a producirse en el futuro o de inmediato. El nombramiento provisional permite satisfacer la inmediatez, reconducir los nombramientos interinos a los puestos base y preparar los concursos y calcular las plazas a ofertar en las oposiciones con la eficacia máxima o al menos superior.

La figura se ha destinado para nombrar a los funcionarios de reciente ingreso en vacantes aún no ofertadas por concurso de mérito a los funcionarios de carrera o por estar dicho concurso pendiente de completarse, de tal manera que aún no están claramente determinadas las vacantes definitivas a ofertar a los aprobados en la última oposición. La figura adquiere un peso específico en los cuerpos numerosos, en especial en los docentes del primer nivel de enseñanza.

También ha permitido satisfacer el reingreso de funcionarios excedentes sin necesidad de esperar a la convocatoria del concurso de méritos, pero obligados a concurrir en él cuando se convoque a fin de obtener destino definitivo.

Igualmente viene a coincidir con los supuestos denominados como de adscripción provisional, regulados por ejemplo, en el artículo 63 del Reglamento estatal antes citado y que contempla los casos de remoción y cese en el puesto de trabajo, tanto obtenido por concurso como por libre designación, con arreglo a lo dispuesto en el mismo reglamento en sus artículos 50.5 y 58 que se ocupan respectivamente de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

la remoción del puesto y del cese en los de libre designación. También contempla los casos de supresión del puesto de trabajo conforme al artículo 72 y del reingreso al servicio activo de los funcionarios sin reserva de puesto de trabajo, con arreglo a las previsiones o disposiciones del artículo 62.2.

El sistema general establecido hasta ahora y que permanece, en cuanto el Reglamento que nos ocupa no ha sido derogado por el Estatuto Básico del Empleado Público, determina que todo funcionario removido o cesado en su puesto ha de ser adscrito a otro puesto de su Cuerpo o Escala no inferior en más de dos niveles al de su grado personal. Pero dada las complejas situaciones de nombramientos y ceses de interinos y nombrados provisionalmente que podían producirse y los desajustes que podían haberse producido por falta de previsión en la reserva de *plazas* al efecto de que en todo momento existieran las suficientes para atender los ceses y reincorporaciones posibles, el sistema adopta una solución que puede beneficiar a todos y que es el que determina una Resolución de 15 de febrero de 1996, de las Secretarías de Estado de Administración Pública y Hacienda, por la que se decide en su regla III referida a la asignación de puestos de trabajo a los funcionarios cesados en puestos de libre designación o los removidos en puestos de concurso o por razón de supresión, primero en el punto 2.1 c) que *cuando no exista puesto vacante disponible, el Ministerio u organismo competente, según los dos párrafos anteriores, propondrá a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones en el plazo máximo de quince días la creación de un puesto de las características adecuadas. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión.* En el caso de los servicios periféricos, la Resolución, tras referirse a las asignaciones provisionales, en el punto 2.2 c) de la misma regla III dispone: *Si continuase sin existir puesto*

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

vacante idóneo, el delegado del Gobierno o el Gobernador Civil, en el ámbito de sus competencias, oídos los Directores o Jefes de Unidades de los servicios periféricos de cada Departamento, determinará en el plazo máximo de siete días, a la vista de las necesidades de los servicios, el centro o la unidad en el que deberá crearse el puesto, e instará al Ministerio u organismo afectado a que eleve la propuesta a la Comisión Ejecutiva de la Comisión interministerial de Retribuciones en plazo máximo de otros siete días. Dicha propuesta será incluida en el orden del día de la primera reunión de la citada Comisión.

Lo expuesto tiene por objeto, pues, poner de relieve las cuestiones que el Estatuto Básico del Empleado Público no nos muestra, pero que son práctica administrativa corriente y, es de pensar, que soluciones a establecerse en el desarrollo estatutario. Pero también porque hemos afirmado que pueden repercutir negativamente en los principios que hemos visto que recoge el punto 1 del artículo que es objeto de comentario, pues si bien lo descrito facilita la gestión de recursos humanos en el sector administrativo público, su eficacia precisamente radica en que no se siguen los complejos procedimientos que exigen la libre concurrencia y se ajustan al mérito y la capacidad, pues los nombramientos y adscripciones provisionales no son sujetos a convocatoria pública, como resulta lógico, sino que se dirigen a satisfacer los intereses organizativos y de los empleados y que como hemos visto llegan a afectar negativamente a los intereses públicos ya que hay casos, que por mala administración o perjuicio a la carrera funcional, se llegan a crear puestos ad hoc fuera de los procedimientos que la racionalidad y la economía del gasto público exigen. En realidad existe un problema retributivo, ya que hay funcionarios, que tienen garantizado un nivel o categoría con unas retribuciones, que tendrían que ocupar puestos inferiores y no idóneos

para ellos, cobrando por encima del valor de las funciones reales del puesto. La solución es crear un puesto nuevo para hacer creer que se realizan funciones acordes con la retribución, cuando la realidad es que se acaba creando un cementerio de elefantes retribuidos por hacer mucho menos de lo que venían haciendo antes de su cese. Total una canonjía para unos y un desorden de de carácter general en organización y gestión, aunque simplifique la de los recursos humanos.

Artículo 79: Concurso de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera.

1. El concurso como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, consistirá en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico. La composición de estos órganos responderá al principio de profesionalidad y especialización de sus miembros y se adecuará al criterio de paridad entre mujer y hombre. Su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad.

2. Las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán el plazo mínimo de ocupación de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo.

3. En el caso de supresión o remoción de los puestos obtenidos por concurso se deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.

El artículo que se acaba de reflejar no manifiesta toda la complejidad real del sistema de concurso, sobre todo si se piensa en los cuerpos docentes de primer nivel y su elevado número de funcionarios

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

con destinos provisionales, al no proporcionarles el sistema un nombramiento definitivo nada más aprobar la oposición, sino que les somete a un largo periplo de destinos provisionales durante años. Tampoco evidencia que el concurso, de un modo u otro, ha de ser el procedimiento idóneo para incorporar a una Administración pública personas o funcionarios procedentes de otras Administraciones y, además, esta incorporación queda al arbitrio, en una indefinición estatutaria más, de lo previsto en el artículo 84, referido a la movilidad voluntaria entre Administraciones públicas, y que se comentará más adelante.

Del punto 1 parece deducirse que la cuestión se reduce a un problema de valoración de méritos y capacidades, naturalmente referidas al puesto de trabajo concreto y que se realizará por unos órganos colegiados especializados, objetivos e imparciales. Pero lo cierto es que se parte de una situación formal ideal que no existe en la realidad de nuestras Administraciones públicas, al menos hasta ahora. Se ignora la situación descrita de nombramientos provisionales y comisiones, comentada al analizar el artículo anterior, y también el hecho de que los concursos y las pruebas selectivas no se han producido con la regularidad debida, de modo que existe, con frecuencia, en cada Administración pública, un buen número de personas con destinos provisionales que están obligadas a concursar para obtener destino definitivo y que, por ello, se ven obligadas a solicitar todas las vacantes existentes. El concurso, por mor de esta perversión del sistema de provisión de puestos de trabajo, ya no es un simple ejercicio de concurrencia de personas que quieren mejorar y que, de acuerdo con sus posibilidades reales, acuden al mismo para ser valoradas, sino que se convierte en un proceso complicado por el que muchas personas acuden para regularizar su situación y, a partir de ello, programar su carrera y

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

que además, según las circunstancias, sin haber seguido un sistema de mérito y capacidad han adquirido conocimientos específicos que les sitúan ventajosamente para conseguir un puesto, normalmente el que ocupan provisionalmente u otros de similares características.

La consecuencia primera es que el concurso multiplica sustancialmente sus trámites y de otro lado obliga a la creación de una sola comisión de selección por cuerpos o clases de puestos de trabajo para evitar adjudicaciones múltiples y las consecuentes renunciaciones y nuevo ciclo de adjudicaciones. Además el concurso, en virtud, del sistema de clasificación de puestos de trabajo y sus relaciones ya no es una simple constatación de que el peticionario es el funcionario con mayor antigüedad y al que corresponde el puesto que solicita según sus preferencias; sino que la gestión de recursos humanos se ha complicado, como ya hemos visto, al establecerse la evaluación del desempeño que cuenta a efectos de la provisión y carrera y también en cuanto que en los concursos hay que realizar una valoración de cursos realizados, de especializaciones adquiridas y contemplar la adecuación, en cada caso, a las funciones o tareas concretas de cada puesto. Por tanto, ya no se valoran sólo los servicios prestados como tiempo, sino como contenido y calidad, con lo que el concurso introduce nuevas formas de valoración que superan el expediente administrativo para contener pruebas específicas de valoración (entrevistas, trabajos a presentar, explicando el desempeño que corresponde en el puesto de trabajo o puestos de trabajo a los que se aspira, y aplicación de baremos establecidos previamente de puntuación de méritos y experiencias) La comisión no está formada por un equipo del órgano en el que el puesto de trabajo reside, sino por un grupo de personas que han de considerar, en buena parte de los casos, sobre todo en la Administración general, puestos de contenidos y gestiones muy diferentes y que puede ser que

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

desconozcan y, además, por ello, que carezcan de la formación y habilidad para establecer una entrevista adecuada para comprobar la idoneidad del candidato al puesto concreto. Lo que en su tiempo fue sólo un procedimiento de concurrencia de funcionarios de un mismo Cuerpo en el que se consideraba sólo la antigüedad y la carencia de faltas y sanciones, a efectos en buena parte de cambiar de localidad, dada la centralización existente, o de hacer carrera administrativa normalmente hacia la capital del Estado, se ha convertido en un procedimiento complejo y en fuente de continuos recursos y procesos contenciosos. Además no hay que perder de vista que cualquier sistema - para mí es un derecho- de movilidad voluntaria entre Administraciones públicas convierte en insegura, para los funcionarios de la Administración correspondiente, cualquier aspiración y adjudicación y, además, puede contribuir a la permanencia o persistencia de los nombramientos provisionales.

De otro lado, la valoración del desempeño lo es del puesto desempeñado pero puede no tener relación con los puestos a los que se aspira, sobre todo, repito, en la Administración general, por lo que la incidencia de la evaluación en los concursos ha de ser bien ponderada y considerar, según cuerpos o puestos, que no venga a constituir una doble valoración sobre los mismos factores. Un mundo todavía abierto y de consecuencias imprevisibles.

Cualquier desarrollo de la formalidad legal ha de contar con todo lo descrito y con la situación derivada de los sistemas provisionales de provisión y con la adecuada utilización de la figura del funcionario interino, evitando la acumulación de funcionarios recién ingresados sin destino definitivo y normalizando el tiempo de producción de los concursos de provisión, de modo que sean un proceso racional en el que sólo concurren las personas que tienen posibilidad de obtener el puesto y

no un sistema abierto en el que todos aspiran a todo y nadie puede prever totalmente su destino y, además, que está desligado de la participación directa del órgano interesado en la provisión y en la eficacia de su gestión.

El segundo punto del artículo, que resulta lógico, hay que considerar que tiene la finalidad de que los órganos administrativos gocen de una seguridad y continuidad en su gestión, revela, en cambio el problema en los cuerpos con gran número de funcionarios y que no pueden en un solo concurso proporcionar destino definitivo a sus funcionarios, pues en estos casos o bien se mantiene un concurso abierto permanentemente o bien se abren sistemas de concurso sólo para provisiones temporales o provisionales. Además, es norma habitual, hasta ahora, que no exista limitación en el tiempo de ocupación del puesto de trabajo cuando es el primer destino obtenido, ya que se considera que realmente no es totalmente voluntario, sino de carácter forzoso. El concurso abierto y permanente es de una gran complejidad de gestión y además ha de aplazar sus efectos a un momento determinado en el tiempo; por ejemplo, en los cuerpos docentes, al inicio de cada curso.

El punto 3 del artículo nos pone ante el problema, ya analizado en el comentario al artículo 78, respecto de los nombramientos y adscripciones provisionales de los cesados y removidos y con el sistema de creación de puestos ad hoc. La realidad es que debido al sistema de libre designación, ya tradicional, y según como evolucione la evaluación del desempeño, cada Administración pública se ve obligada a establecer un sistema que respete el carácter permanente de la relación jurídica funcional, salvo sanción disciplinaria de separación, y la categoría alcanzada, para lo que o bien se ha de tener un número de vacantes permanente a ocupar por los cesados y bien un crédito especial

destinado a retribuir dicha categoría y carrera. Vemos, sin perjuicio de la libre designación, que la separación entre evaluación del desempeño con posible cese y el sistema disciplinario, agrava, en su caso, la situación existente en los casos de cese en puestos de libre designación. De otro lado, la alusión a las garantías inherentes que hace el artículo, me obliga a comentar que una vez más el Estatuto, o bien su redactor o los expertos comisionados, eluden establecer el sistema, que, si ha de acabar siendo el existente hasta ahora por no haber otro, debería manifestarse o, si hay otros, deberían apuntarse. Pero la realidad es que lo que existe es una vergüenza porque indica que hay una mala organización y que los intereses burocráticos predominan sobre los generales basados en la eficacia, economía de gasto público y racionalidad y eso, como no puede decirse, hace que lo mejor sea recurrir a la vaguedad e indefinición, apoyada en la autonomía de cada Administración pública y con la fácil remisión a la decisión de cada legislador, sin perjuicio de que la solución quede para la vía del reglamento, más discreta y sufrida.

Artículo 80: *La libre designación con convocatoria pública del personal funcionario de carrera.*

1. La libre designación con convocatoria pública consiste en la apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.

2. Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto establecerán los criterios para determinar los puestos que por su especial responsabilidad y confianza pueden cubrirse por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública.

3. *El órgano competente para el nombramiento podrá recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos.*

4. *Los titulares de los puestos de trabajo provistos por el procedimiento de libre designación con convocatoria pública podrán ser cesados discrecionalmente. En caso de cese, se les deberá asignar un puesto de trabajo conforme al sistema de carrera profesional propio de cada Administración Pública y con las garantías inherentes de dicho sistema.*

Este artículo es un ejemplo más de la deslegalización fáctica que el Estatuto establece en algunos casos, al no fijar realmente unas bases o criterios y un valor a respetar. Si se compara la configuración que se establece de la libre designación respecto de la existente con anterioridad, cuyo precepto básico era el artículo 20 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su punto 1 b), se puede apreciar que hoy existe una libertad casi absoluta para que cada Comunidad Autónoma establezca la figura. Hay, en el fondo, en este artículo 80 una desconfiguración total de la libre designación. El citado artículo 20. 1. b), en principio, constituía también otra deslegalización, ya que en su primer punto remitía a las relaciones de puestos de trabajo la determinación de los puestos de trabajo que se podían cubrir por el sistema de libre designación, estableciendo como criterio para hacerlo el de la *atención a la naturaleza de sus funciones*. En realidad, pues, no se establecía tampoco una base o una guía y cada Comunidad Autónoma, a través de las relaciones de puestos de trabajo, podía hacer lo que le conviniera. Para mí se quebrantaba la reserva de ley en la materia, pues no había una verdadera regulación de la figura.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

El único punto que ofrecía una pauta o una guía era el párrafo siguiente, aunque referido a la Administración estatal, que decía: *En la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector general, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.* Así pues, los altos funcionarios o los puestos que se sitúan en el vértice superior de la organización administrativa propiamente dicha y los de carácter directivo o de especial responsabilidad, así como puestos claros de confianza como las secretarías mencionadas, eran los que se podían “*designar*” libremente. Al menos quedaba la posibilidad de penetrar en el concepto o el deber ser o la interpretación correcta del alcance de las expresiones *carácter directivo* y *especial responsabilidad* en conexión con que en el procedimiento de provisión, según el artículo 19.1 de la Ley mencionada, se debían garantizar los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Estos puntos, conceptos o expresiones y su alcance y sistema de mérito y de igualdad, permitían argumentar, en su caso, ante la Administración o los Tribunales de Justicia, que se había actuado arbitrariamente o que una designación (ya que llamar nombramiento al resultado de la generalidad de las convocatorias de libre designación es un eufemismo) no se ajustaba a las previsiones legales o a la igualdad, mérito y capacidad. Pero lo cierto es que el camino estaba plagado de inconvenientes y obstáculos, pues la jurisprudencia dio la puntilla al sistema al considerar que lo era de nombramientos de confianza, normalmente, pues, de confianza política y que solamente había que motivarlos exponiendo que se tenía la

competencia para realizarlos. En fin, el inicio del cáncer de nuestra función pública, en orden a las garantías jurídicas y de eficacia¹⁸.

Si mala era la situación descrita, la actual, pese a fundarse igualmente, en virtud de lo manifestado en el artículo 78.1 del Estatuto, en los mismos principios de igualdad, mérito y capacidad, resulta peor puesto que no existe ni la referencia al carácter directivo, seguramente por la específica referencia al personal directivo del artículo 13 con el que, el que ahora se comenta, hay que considerar que guarda íntima conexión, y se reduce o limita al vago concepto de la especial responsabilidad, que en 1984 aparecía vinculada al carácter directivo con una *o* -para mí de comparación y equivalencia y no disyuntiva-, y se consagra al sistema como de confianza y además se apoya en la idea o concepto de la idoneidad, concepto al que ya me he referido en el comentario al artículo 13 y su configuración del personal directivo “profesional”, diciendo que acentuaba la discrecionalidad, creo que hasta convertirla en arbitrariedad. Todo ello conlleva el efecto de acabar de hecho con la libre concurrencia y, con ella, con la igualdad y, por supuesto, elimina la necesidad de examinar méritos y capacidades. Nadie concurre cuando conoce quien va a ser nombrado y que el sistema es de pura confianza del cargo político correspondiente. El asunto, como algunos productos alimenticios, está precocido y sólo resta meterlo en el horno de una comisión formal, que ni siquiera va a tener que actuar ni motivar su resolución, pues la regla general será la de la concurrencia de un solo aspirante, salvo la existencia de despistado de turno, iluso confiado en la justicia o atrevido desafiador empeñado en evidenciar lo corrupto del sistema. La idoneidad, en virtud de lo antedicho, por mucho que lo diga el artículo, no se vincula al puesto de trabajo, pues entonces

¹⁸ Remito, en cuanto a un mejor conocimiento de mi crítica al sistema, a mi obra *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación* citada en la nota 5.

sería mérito o capacidad, sino que se vincula a la confianza del cargo o al “feelling” del funcionario con él.

Respecto de la conexión que guarda la cuestión con el concepto que he mantenido del directivo público propiamente dicho, hay que señalar que si se entiende que este artículo no considera al personal directivo que se regula tan indeterminadamente en el artículo 13, resultaría que la libre designación sería para niveles inferiores a los que la reforma de 1984 establecía y, como he dicho, se vincularía al vago concepto de la especial responsabilidad. El resultado no puede ser otro que la extensión de la libre designación a los niveles de simple gestión y simple dirección administrativa o mando. Es decir, nos encontraríamos con unas Administraciones públicas claramente politizadas y unos funcionarios en clara dependencia del cargo político.

No obstante la crítica efectuada al sistema y a su configuración, estimo que es posible atender a criterios de libre designación, pero sobre unas bases claramente determinadas y no con la libertad anterior y con la que se avecina en el desarrollo estatutario. Estas bases en mi criterio, debían partir de reducir la libre designación (salvo en los cargos de verdadera confianza como personal de gabinetes de los ministros o máximos responsables políticos-administrativos de las Comunidades Autónomas o secretarías de los mismos) al nivel de los subdirectores generales que tienen como punto principal de su acción el de la eficacia de las políticas públicas y el de la dirección e impulso administrativo de la organización que de ellos depende a dicho efecto, pero con conocimiento de la gestión que en ella se lleva a cabo y, por tanto, de la normativa específica que le afecta y de la general del Derecho administrativo y de la gestión administrativa pública. En realidad, pues, debería reducirse al directivo público tal como lo he venido

concibiendo. En ningún caso puede alcanzar a los puestos que son garantía jurídica y de legalidad.

La discrecionalidad, pues, puede dirigirse a determinar de entre los aspirantes aquél más idóneo para hacer eficaz lo señalado, por lo que la idea de idoneidad, en este caso, significa que el cargo que tiene la competencia de designar y la responsabilidad directa en la parcela correspondiente tenga la posibilidad de elegir la persona que más se adecua a su equipo y que estima que mejor puede servir a la eficacia pretendida. La confianza no es propiamente una confianza política o de pertenencia al grupo político, sino que partiendo de una capacidad técnica previamente contrastada y de ajuste a los requisitos del puesto se elige al que, en el orden personal, para el cargo presenta mayores garantías de fidelidad para él y para el proyecto correspondiente. Repito, pues es más una cuestión de confianza personal que política, pero la capacidad técnica ha de estar garantizada.

El sistema en cambio, que ha derivado en una discrecionalidad absoluta, conlleva como he dicho un verdadero cáncer, en cuanto a la libre designación se une con carácter general el hecho de que la mayor parte de los puestos de libre designación, sobre todo en los niveles superiores, suelen adscribirse indistintamente a favor de funcionarios de cualquier cuerpo superior o de grupo A o de los cuerpos superiores del Ministerio de turno, con lo que la capacidad técnica no queda garantizada, ni la experiencia en la administración general, necesaria para no ser meramente un cargo de confianza sino un funcionario propiamente dicho, capaz de dirigir una gestión de carácter público y conocedor del ordenamiento jurídico aplicable, no para aplicarlo directamente, sino para vigilar su aplicación o para evitar, en su caso, que se convierta de modo inadecuado en una razón de ineficacia. Diríamos que ha de haber sido cocinero antes que fraile.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Lo antedicho nos hace conectar con la cuestión del directivo público, pues la realidad es que la libre designación, tal como la estoy exponiendo, para mí, lo que determina o debería haber determinado era la creación de un Cuerpo directivo o la aplicación clara del diploma previsto en la Ley de funcionarios de 1964. Cuerpo en el que debían ser exigibles los conocimientos propios de los administradores generales. Pero ello, en su momento, significó que el diploma sólo fuera de aplicación en el cuerpo superior de la Administración general, o sea el Técnico de Administración Civil del Estado, por lo que la oposición de los cuerpos especiales, de los que muchos de sus funcionarios ya ocupaban puestos de dicho carácter y la conveniencia de los del citado cuerpo general que ya eran de facto directivos, anuló el diploma y conllevó la adscripción múltiple o indiferente de los puestos de libre designación. En la actualidad, los inconvenientes no son sólo los de la lucha entre generalistas y especialistas por el poder en el seno de la organización administrativa, sino las diferentes visiones que se tienen de lo que es un directivo público y que ya he comentado al tratar del artículo 13, que depende en mucho de la concepción de la gestión pública que se tenga y de que se parta de una Ciencia de la Administración basada en los principios de la empresa privada y que podemos conceptuar como de corte anglosajón o de que se parta de la particularidad y especificidad de la gestión pública propiamente dicha o burocrática, si se quiere llamar así, y vinculada al Derecho y la Política. También pesa, en consecuencia, una concepción de la burocracia distorsionada, por la cual cualquier modelo burocrático ya no es moderno y lo mejor es gestionar como una empresa privada; idea que se ve abonada por muchos intereses que se benefician de ella y que obtienen fruto en un sistema de este tipo y a costa de los presupuestos públicos.

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Creo que todo lo expuesto y el exceso de doctrina ha provocado que se haya regulado mal el directivo público y que, además, se haya mantenido un sistema de libre designación que es apropiado, como he dicho, precisamente en el personal directivo y no en el resto de la organización, ya que el mérito y la capacidad desaparecería y el sistema lo sería de prebendas. En definitiva, allí donde ha de existir la doble garantía jurídica y de eficacia de las políticas públicas y de la gestión pública no puede haber discrecionalidad absoluta porque en la realidad se anulan las garantías citadas y se convierte a los funcionarios públicos en empleados de los políticos y a los servidores públicos en servidores del político y del partido. En definitiva, tal como están las cosas, se favorece la corrupción y los sistemas de financiación política y subvención al amigo o colaborador. Y todo ello se plantea por mi parte al margen de la cuestión de si todo empleado público ha de someterse al mismo régimen jurídico o ha de gozar de las ventajas de la permanencia en el empleo o ajustarse a los principios de mérito y capacidad, igualdad y libertad de concurrencia y cabe o es posible configurar espacios de gestión en las Administraciones públicas sometidos plenamente al derecho privado o al sistema empresarial, cosa en la que el Estatuto -o los que supongo, por sus contradicciones, múltiples configuradores-, ya hemos visto que no se ha atrevido a entrar o no se ha encontrado solución plena y satisfactoria.

El sistema acaba siendo un fiasco para los intereses públicos, pero contenta a todos, políticos y funcionarios, y elimina complejos sistemas racionales y procedimientos juridificados.

No me merece comentario el punto 3 del artículo, me parece, dado lo que el sistema pretende e implica, un brindis al sol.

El punto 4 la libre remoción y cese es una consecuencia lógica de la figura tal como se concibe, ya que favorece el que el cargo

correspondiente pueda cesar al designado sin trabas de ninguna clase y sin motivar; basta con alegar la pérdida de la confianza, si es que en algún caso se le exigiera la motivación. Un cese condicionado a una motivación racional de ineficacia o incumplimiento de los resultados exigidos o exigibles, sería incongruente con la libertad de nombramiento que se goza y con la base de que el sistema permite a cada cargo político la configuración de equipos de su confianza. El cese libre, en casos de cambios en la organización permite al cargo de nuevo nombramiento cesar a las personas que configuraban el equipo del anterior.

Se alude a la obligación de asignar un puesto de trabajo al cesado y esta es una cuestión que conecta con el comentario efectuado respecto del punto 3 del artículo 78 y con el citado, en su momento, artículo 63 del 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.

Artículo 81: Movilidad del personal funcionario de carrera.

1. Cada Administración Pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, y sin perjuicio del derecho de los funcionarios a la movilidad podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.

2. Las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de

trabajo de los que sean titulares. Cuando por motivos excepcionales los planes de ordenación de recursos impliquen cambio de lugar de residencia se dará prioridad a la voluntariedad de los traslados. Los funcionarios tendrán derecho a las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.

3. En caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación.

Se inicia con este artículo una serie de cuatro que vienen a configurar el concepto de la movilidad de los empleados públicos y que consideran cuestiones que quedaban comprendidas en conceptos anteriores tales como los traslados forzosos, la reasignación de efectivos y la movilidad de los funcionarios en el territorio nacional o entre Administraciones públicas.

El artículo que nos ocupa se refiere al funcionario de carrera y su primer párrafo no es exactamente un modelo de precisión y evidencia como el Estatuto trata de modo algo inconexo las mismas cuestiones en momentos diferentes, ya que en el punto primero en la idea de *reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios públicos* hay que considerar, y así comienza haciéndolo el artículo, que se comprenden o que han de ser resultado de algunos de los objetivos e instrumentos de planificación que se exponían en el artículo 69. Me remito a la crítica que al analizar el artículo 69 se ha hecho, pues en parte es de aplicación al punto 1 de este artículo 81.

Lo cierto es que en realidad el punto, con carácter general, lo que viene a prever es que existe la posibilidad de restringir el derecho a movilidad que es lo mismo que el derecho a la carrera vertical por

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

necesidades del servicio y que cabe que la movilidad o la provisión de puestos de trabajo se realice con carácter forzoso.

Una vez más, particularmente, y ante la anterior regulación de la planificación en el artículo 69.2, quedo dubitativo respecto a si este punto 1 del artículo 81 al mencionar la posibilidad de establecer reglas para la ordenación remite a cada Administración pública a reglamentar la cuestión (que, además, puede ser objeto de tratamiento por las leyes de las distintas Administraciones públicas) o basta con lo dicho en el anterior artículo 69 y con la regla general que ahora se establece para solucionar cualquier cuestión. Me explico, como gestor de personal que fui, estimo que la regulación existente es bastante para que, con fundamento en ella, se adopten las decisiones concretas que puedan afectar a la carrera funcional y limitar la movilidad o convertirla en forzosa y no voluntaria o que en todo caso y que, en realidad, si existen para una Administración pública sectores prioritarios que precisen necesidades específicas de efectivos, no es preciso establecer una ordenación general sobre el tema, sino simplemente, mediante la previa justificación y exposición del problema, decidir o adoptar la medida más oportuna, eficaz y adecuada en derecho para proveer dicha necesidad, bien con carácter definitivo o provisional.

Los problemas reales de este punto del artículo no son los de su racionalidad, sin perjuicio de la sistemática general seguida por el Estatuto al tratar la planificación y la provisión de puestos y la movilidad, sino, como en muchos otros casos, la posible utilización torticera de la regla o principio, de modo que se utilice precisamente para subvertir el sistema general de carrera funcional y para atender o solucionar problemas concretos o favorecer posturas que luego resultan discutibles en derecho. Claro es que lo que evidencio es la posible existencia de desviaciones de derecho y de poder, que se pueden dar

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

siempre y en todo caso y que, en buena lid, no derivan del artículo que comentamos sino de la conducta administrativa o política, pero el gato escaldado del agua fría huye.

Completo la cuestión contemplando la redacción concreta del artículo y su posible interpretación, atendiendo a que los problemas pueden surgir cuando un funcionario ante una medida u ordenación concreta de una solución a una *necesidad específica de efectivos* considere que con ella se evita su acceso a los puestos concretos que se han de cubrir o que son la *necesidad específica*, alegando capacidad y mérito para ello y la Administración pública, en cambio considere que el artículo le habilita para excepcionar el derecho preferente de los funcionarios en ese caso de necesidad específica y prioritaria y que lo único que le prohíbe es que elimine el derecho general de los funcionarios a la movilidad, dado el *sin perjuicio* que incluye el texto. Es decir, que considera que, sin perjuicio del derecho general a la movilidad y su regulación, puede limitar derechos concretos, aún no subjetivos, y excepcionar sistemas de concurrencia o concurso generales. Cosa que en unos casos puede ser correcta y eficaz y en otros no.

En resumen, la ordenación general nunca comprende todas las soluciones posibles y sólo las reglas pueden recoger principios que inspiren las medidas concretas y las soluciones posibles, pero siempre hay un margen para el conflicto y un caso concreto que atender. Pero lo normal es que el tipo de necesidades a que se refiere el artículo no se solucione mediante *reglas para la ordenación* sino mediante reglas para la decisión. Particularmente creo que estas reglas están ya en el ordenamiento jurídico de la función pública, pero el problema es que son más o menos evidentes según cual sea la formación de quien decide o colabora en la decisión o de quien juzga en última instancia o en vía

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

judicial y que, por ello, muchas veces se subvierten en perjuicio de verdaderos derechos subjetivos o intereses legítimos de funcionarios públicos. En estos casos bien falla el método, el procedimiento o la voluntad.

El punto 2 se refiere al caso concreto de los traslados de funcionarios por necesidades del servicio o funcionales a otros órganos u organizaciones con respeto de la situación de los funcionarios y previendo el cambio, en su caso, de la adscripción orgánica de los puestos de trabajo que se trasladan. Regula más el caso en que se pueda producir un cambio de residencia estableciendo primero la voluntariedad para el traslado. Hay que hacer constar que al referirse a la adscripción el artículo no hace referencia a que sea la orgánica, pero por el caso que contempla no puede ser otra y, por tanto, nunca sería un cambio de adscripción corporativa; pero lo cierto es que no califica el tipo de adscripción.

El comentario que puede suscitar el punto es, pues, que una cuestión organizativa ha tenido un enfoque desde la perspectiva de las personas y funcionarios más que desde el de la estructura u organización y creando con ello la posibilidad de complicar la interpretación del artículo. Contemplado desde el punto de vista de la organización, bastaba con decir que cuando en un órgano determinados puestos de trabajo dejan de ser necesarios o no cubran ninguna necesidad, podrán ser adscritos a aquellos otros órganos en donde sean precisos. Dicho esto cabe ocuparse de regular los derechos de los funcionarios afectados y las consecuencias del traslado para ellos.

Siendo, pues, el caso que contempla el punto 2 el del traslado de puestos de trabajo con sus funcionarios de donde no se necesitan a otro lugar donde sí se precisan, no cabe, pues, considerar incluidas en él a las supresiones orgánicas, ni comisiones de servicio forzosas, ni cualquier

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

otro supuesto en el que se amorticen o desaparezcan los puestos de plantilla o de las relaciones o sea preciso cambiar la adscripción corporativa. Los problemas o casos de necesidades no comprendidas en este punto han de remitirse al punto 3 y sus soluciones o a la regla general del punto 1 y lo ya comentado.

El punto 3 sólo se refiere a casos de urgente e inaplazable necesidad, pero nos muestra una solución que conecta con el problema apuntado al comentar el punto 1 del artículo, en cuanto que puede producirse la oposición de funcionarios que consideren que su carrera queda afectada y que se sustraen puestos de trabajo al concurso bajo la justificación de una necesidad del servicio, y dicha solución es la de las provisiones o nombramientos provisionales, de modo que el ajuste final se produzca por los sistemas ordinarios de provisión de puestos de trabajo

En resumen, el artículo en conjunto nos muestra que existe una posibilidad de excepcionar la carrera y movilidad de los funcionarios y parece reflejar la regla o principio el de *necessitas non habet legem* o según otra manifestación: *Quod nos est licitum lege, necsesitas facit licitum*; de modo que la necesidad sería el fundamento para realizar excepciones a la ley o al sistema establecido. Pero de otro lado, y el punto 3 nos lo evidencia, en la provisión de los puestos de trabajo, ninguno puede ser otorgado a nadie, con carácter definitivo o de propiedad o titularidad, si no es mediante concurso de méritos o sistema de antigüedad (con la excepción de la libre designación), evitando que el último en llegar se haga con puestos que son queridos por miembros del cuerpo más antiguos o con mayores méritos. Ya hemos hecho constar los sistemas de concursos, etc. Estas bases corporativas, no son sólo eso sino que forman parte de principios incluidos en el básico del mérito y la capacidad, incluso del principio más general de *qui prior est tempore*,

potior est iure. He hecho uso de dos aforismos para reflejar el conflicto siempre presente entre intereses funcionariales, a veces coincidentes con los generales, y éstos propiamente dichos.

Pero el caso es que en la Administración pública no sólo estamos contemplando derechos y obligaciones de los empleados o funcionarios sino también lo más adecuado para la eficacia y buen hacer de la Administración pública y el cumplimiento claro de sus fines que son públicos y generales, por lo que, finalmente, este bien de la Administración acaba siendo un interés general o, lo que es lo mismo, un interés y derecho de los ciudadanos.

Lo antedicho y la necesidad de que en la aplicación o ejecución de lo previsto del artículo sean satisfechas todas las reglas y principios señalados, pero sobre todo que no se afecte al buen funcionamiento y eficacia de la Administración pública es pues lo sustancial que cabe decir

Artículo 82. *Movilidad por razón de violencia de género.*

Las mujeres víctimas de violencia de género que se vean obligadas a abandonar un puesto de trabajo en la localidad donde vengán prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral, tendrán derecho al traslado a otro puesto de trabajo propio de su cuerpo, escala o categoría profesional, de análogas características, sin necesidad de que sea vacante de necesaria cobertura. Aun así, en tales supuestos la Administración Pública competente, estará obligada a comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite.

Este traslado tendrá la consideración de traslado forzoso.

En las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género, se protegerá la intimidad de las víctimas, en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y las de cualquier persona que esté bajo su guarda o custodia.

Es evidente que el artículo responde a un problema de actualidad, tanto por la violencia como por los derechos de la mujer. Por ello mismo puede sugerir muchas críticas, sobre todo porque situaciones similares de violencia o de requerimiento de protección no son en cambio objeto de regulación. Un caso que puede servir de ejemplo y que también es de actualidad es el del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues si aquél lo es entre hombres, en caso de violencia “doméstica”, no sería de aplicación el artículo. También cabe preguntarse si la violencia en el caso de matrimonio entre mujeres se puede calificar o no como de género.

Otro caso no contemplado y posible, dado que cabe el ingreso en la Administración pública con dieciséis años, es la violencia sobre menores de edad. Muchos casos más pueden ser descubiertos en los que alguien, funcionario, esté necesitado de protección y para ello sea preciso un cambio de puesto de trabajo y se me ocurre un ejemplo muy cinematográfico, el de la protección de testigos.

Pero, además, el artículo no establece los procedimientos garantes de que el supuesto de violencia sea cierto, por lo que queda al arbitrio de cada ley de desarrollo o de los reglamentos y se plantean los mismos problemas de conflicto con intereses o derechos de otros funcionarios y de sus expectativas de carrera o cambio de localidad. Incluso, al señalar que no es necesario que el puesto a cubrir sea una vacante de necesaria cobertura, se abre la puerta a la creación de puestos al efecto de atender la necesidad de la víctima de la violencia. No obstante, el artículo

mantiene una obligación para la Administración de comunicarle las vacantes ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada solicite.

En resumen, es evidente que el artículo obedece a razones de oportunidad política y que quedan sin abordar otros problemas que serían igualmente de consideración.

Artículo 83. *Provisión de puestos y movilidad del personal laboral.*

La provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera.

No estimo necesario realizar comentario a este artículo, salvo recordar la posible influencia entre ordenamientos laboral y administrativo.

Artículo 84. *La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.*

1. Con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establecerán medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración.

2. *La Conferencia Sectorial de Administración Pública podrá aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad.*

3. *Los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública a través de procedimientos de movilidad quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas. En los supuestos de cese o supresión del puesto de trabajo, permanecerán en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme con los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración.*

Al escribir el artículo, sobre todo en su punto 1, confieso que me iba subiendo la indignación, principalmente por el cinismo del legislador que convierte el derecho de los funcionarios públicos españoles a moverse libremente en el territorio español en una simple cuestión organizativa, sin ninguna declaración del derecho que señalo y, en su caso, de sus límites y por la renuncia política que significa; todo ello amparado, esta vez sí, en los factores organizativos que la movilidad territorial lleva aparejados, pero ignorando los factores jurídicos y de igualdad que conlleva dicha movilidad.

El derecho que tienen los funcionarios a trasladarse en el territorio nacional que supone el de poder acceder de una Administración a otra nacional por los sistemas de movilidad que marca la ley, debía ser una declaración primera y absoluta, repito, sin perjuicio de los límites lógicos, y tiene su amparo en las siguientes normas de carácter fundamental.

Primero el artículo 19 de la Constitución Española que en su primer párrafo establece que los españoles tienen derecho a elegir

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Por tanto cualquier normativa que regule la movilidad territorial de los funcionarios públicos debe garantizar y facilitar la efectividad de este artículo y declaración.

Pero es que además el derecho europeo, mantiene unos principios en este orden para los europeos que no pueden ser ignorados para los españoles en su propio territorio y así la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea tiene un artículo 15 dedicado a la libertad profesional y derecho a trabajar que mantiene que todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de trabajar establecerse y prestar servicios en cualquier Estado miembro; derecho en el que debemos considerar comprendidos a los funcionarios públicos. Otro artículo, el 45 se refiere a la libertad de circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros.

De otro lado, con anterioridad, ya se ha hecho referencia al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y a las consecuencias de su artículo 48.4 y la regulación del acceso de los ciudadanos de los Estados miembros a los empleos de la Administración pública. En la actualidad el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en su Título IV regula la libre circulación de personas. Siguen vigentes los principios que se desarrollaron en su día sobre el acceso a los empleos públicos de las Administraciones públicas y el principio básico de libre circulación-

El artículo 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce y declara el derecho de toda persona a circular libremente y elegir su residencia dentro del territorio de un Estado.

Las declaraciones de los preceptos y normas citadas son claras y taxativas y no es posible que se pongan barreras a dicha movilidad en el caso de los funcionarios por el hecho de serlo o de proceder de otra

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

Administración del territorio nacional. La carencia en los preceptos del Capítulo y Título de la Ley que ahora examinamos es preocupante, aún más en cuanto tampoco forma parte de los derechos que recoge el artículo 14 del Estatuto. Y lo es, porque no existe una declaración primera y básica condicionante y que prohíba los obstáculos a la movilidad que no vengan justificados plenamente en las condiciones del trabajo a desarrollar. Los requisitos que determinan la movilidad, y esta misma por tanto, quedan en la realidad dependientes de un Convenio entre Administraciones en Conferencia Sectorial o, más práctico todavía, a *otros instrumentos de colaboración*, hay que entender que entre Administraciones públicas.

En resumen, porqué no decirlo, el gran problema lo constituyen las Administraciones públicas de las Comunidades Autónomas que se consideran nacionalidades e incluso naciones y que tienen lenguas propias. La exigencia del conocimiento de dichos idiomas de modo generalizado y no circunscrito a la naturaleza y características del puesto de trabajo y como una obligación previa a la movilidad, entiendo personalmente que es un impedimento real a la misma, siendo posible arbitrar medios que faciliten la movilidad y que, en contraposición, faciliten también el conocimiento y aplicación de la lengua propia o cooficial. El artículo deja todo al arbitrio del Convenio y de un sistema de homologaciones la cuestión aún se agrava más en cuanto que la movilidad en los puestos superiores se somete al sistema de libre designación y, en consecuencia, a la voluntad del cargo designante y a las condiciones concretas de la correspondiente convocatoria de provisión o todo lo más a la previa clasificación del puesto de trabajo.

De otro lado el punto 2 del artículo hace mención a las *homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad*. Punto conflictivo o al menos que manifiesta una posible complejidad de

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

sistema y procedimientos que dificulten claramente la movilidad. Pero, no obstante, consecuencia lógica de la libertad con que cuenta cada Administración para organizarse, ya que la clasificación de un puesto de trabajo determinado, existente también en otras Comunidades Autónomas o Administraciones públicas, no tiene porque ser la misma o idéntica, ni en requisitos ni en niveles ni en retribuciones, por lo que la movilidad plantea problemas respecto a que el funcionario trasladado conserve los derechos y niveles adquiridos en otra Administración. Por tanto es evidente que si el sistema de homologaciones implica el establecimiento de equivalencias o valoraciones entre puestos de trabajo de la misma naturaleza o de cuerpos y escalas de distintas Administraciones públicas, la complejidad y el tiempo a dedicar o las comisiones a crear son evidentes. Todo un proceso que para nada favorece la movilidad. Cualquiera que haya vivido el corporativismo en la Administración, puede imaginar la defensa que cada cuerpo puede realizar de su excelencia respecto a otros iguales de otra Comunidad Autónoma o respecto del nivel de exigencia y programas en las distintas oposiciones o pruebas selectivas y cualquiera que haya vivido la movilidad absoluta en la Administración general basada en la libre designación y con fundamento en los requisitos del puesto puede imaginar o conocer la quiebra del sistema de mérito y capacidad. En definitiva a las dificultades organizativas y políticas se unen también los intereses burocráticos o funcionariales.

Si salvamos el problema de las lenguas y la proporcionalidad y equilibrio entre su exigencia o necesario conocimiento y la movilidad como derecho superior y general, la realidad es que una buena y correcta definición de los requisitos, funciones y exigencias de los puestos de trabajo bastaría para facilitar y regular una movilidad territorial o entre Administraciones públicas. Cualquier desviación de derechos y

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

principios generales en la actuación administrativa, quedaría, como tantas otras cosas, sometida al juicio de los Tribunales de Justicia. Un sistema clásico que otorga, pese a la lentitud judicial, unas garantías superiores a las que significan los puntos 1 y 2 del artículo que comentamos.

Los problemas señalados, además, tal como se deduce de estos comentarios, lo son siempre más por el sistema de la libre designación que ya hemos criticado suficientemente.

Del punto 3 del artículo poco hay que decir, únicamente su último inciso, es el que plantea cuestiones organizativas, pero en realidad salva los problemas surgidos en algún momento en cuanto que se he llegado al punto en que ninguna Administración quería otorgar destino al cesado. Pero el problema nacía de la distinción entre acceso a una Administración pública e ingreso en la misma y plantea problemas sobre todo respecto de los que acceden por libre designación, puesto que, si bien no ingresan en la Administración pública a la que acceden por dicho sistema, resulta que al cesar se les adjudica un puesto provisional y existe la obligación de adjudicarle uno conforme a los sistemas de carrera. El efecto es el mismo que un ingreso, pues la consecuencia es que ha de detraerse forzosamente una vacante que hubiera sido objeto de oferta de empleo público en otro caso. Conecta pues la cuestión con la dificultad de gestión de dicha oferta, lo que ya sido objeto de comentario.

7. DEL TÍTULO VI: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS.

Artículo 85. Situaciones administrativas de los funcionarios de carrera.

1. Los funcionarios de carrera se hallarán en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Servicio activo.
- b) Servicios especiales.
- c) Servicio en otras Administraciones Públicas.
- d) Excedencia.
- e) Suspensión de funciones.

2. Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto podrán regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera, en los supuestos, en las condiciones y con los efectos que en las mismas se determinen, cuando concurra, entre otras, alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo.

b) Cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en el Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera.

Dicha regulación, según la situación administrativa de que se trate, podrá conllevar garantías de orden retributivo o imponer derechos u obligaciones en relación con el reingreso al servicio activo.

Del precepto, respecto de los que en leyes anteriores han venido regulando las situaciones de los funcionarios públicos, destaca el hecho de que la referencia se hace por primera vez respecto de los de carrera exclusivamente, cosa lógica por otra parte pero que pongo de manifiesto por la sencilla razón de que con anterioridad la referencia era a los funcionarios en general. No sé la razón del hecho, pero sí que conozco que la bisonñez de algunos funcionarios de Comunidad Autónoma y la ignorancia de algunos cargos me obligó, en su día, a discutir la pretensión de otorgar excedencias a funcionarios interinos. Quizá la cuestión haya sido más que una anécdota y pudiera ser la razón; lo cierto es que así queda patente que el funcionario interino, no se halla en ninguna otra situación que la de interinidad y ni siquiera se le podría aplicar una suspensión de funciones, salvo las dudas que pudiera plantear el caso de una suspensión provisional; pero lo lógico es que en los casos en que procede una suspensión de funciones provisional se produzca el cese del interino sin perjuicio de que el procedimiento o expediente correspondiente tuviera una resolución favorable, lo que permitiría nuevos nombramientos a favor del afectado y, en su caso, la indemnización correspondiente y reconocimiento de derechos.

La segunda cuestión a destacar es el punto 2 del artículo, sobre todo porque una vez más el legislador toma decisiones que no se comprenden con claridad, dado que aquí deja al arbitrio de las Comunidades Autónomas el decidir casos que eran objeto de regulación anterior y que ahora abandona, tal ocurre por ejemplo con la excedencia forzosa pero, en cambio, regula con detalle algunas excedencias como las que recogen los apartados b), c) y d) del punto 1 del artículo 89 que luego se verá. ¿Quizá es que políticamente es más rentable y progresista para los que gobiernan la Administración del Estado regular las

excedencias señaladas que regular o manifestar la necesidad de una excedencia forzosa?

Si, en definitiva, las Comunidades Autónomas van a tener que regular casos que las leyes anteriores recogían expresamente y, además tienen poco margen de encontrar alguno nuevo, ¿por qué se dejan de regular, por ejemplo, la expectativa de destino o la excedencia forzosa y otras antes reguladas como básicas u otro caso tan evidente como el de acceso a otro cuerpo? ¿Cabe pensar que se abre el camino a que la excedencia forzosa se regule de modo diferente por cada Comunidad Autónoma? Sobre todo hay que ver la redacción del artículo en su apartado a), pues el supuesto que más directamente se correspondería con la expectativa de destino o con la excedencia forzosa es el que se basa en que “por razones organizativas, de reestructuración interna o **exceso de personal**, resulte una imposibilidad **transitoria** de asignar un puesto de trabajo”; supuesto que no se conecta por el legislador con la necesidad de que todo ello resulte de una adecuada planificación de recursos humanos, sobre las bases legales y técnicas que mantiene el Título V del Estatuto. Además la expresión exceso de personal que he subrayado me parece que puede dar lugar a decisiones políticas que afecten directamente a funcionarios de modo individual y que les conduzcan a largos procesos judiciales; es decir puede ser una peligrosa arma en poder de los políticos.

Finalmente, me llama la atención el último párrafo del artículo sólo por el hecho de que se refiera a la **imposición** de derechos, cosa que me parece improcedente pues lo lógico es que se reconozcan o se otorguen. Al redactar se han unido derechos y obligaciones de forma inadecuada. No quiero que se piense que me excedo en las críticas, pero es que el Estatuto tiene mucho que criticar y cosas como estas ayudan a

comprender que su preparación no ha sido la mejor posible y cómo ha primado la cuestión política sobre la técnica.

Artículo 86. Servicio activo

1. Se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del presente estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación.

2. Los funcionarios de carrera en situación de servicio activo gozan de todos los derechos inherentes a su condición de funcionarios y quedan sujetos a los deberes y responsabilidades derivados de la misma. Se regirán por las normas de este Estatuto y por la normativa de la función pública de la Administración Pública en que presten servicios.

El artículo en realidad no define la situación de servicio activo como lo hacían las anteriores leyes, en principio la Ley de Funcionarios Civiles del Estado en su artículo 51, al quedar vigente según la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. La figura queda definida realmente por exclusión de modo que está en servicio activo aquel funcionario que presta servicios en una Administración pública y no le corresponde otra situación.

Poco más, pues, hay que comentar del artículo.

Artículo 87. Servicios especiales

1. Los funcionarios de carrera serán declarados en situación de servicios especiales:

a) *Cuando sean designados miembros del Gobierno o de los órganos del gobierno de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla, miembros de las Instituciones de la Unión Europea o de las Organizaciones Internacionales, o sean nombrados altos cargos de las citadas Administraciones Públicas e Instituciones.*

b) *Cuando sean autorizados para realizar una misión por periodo determinado superior a seis meses en Organismos Internacionales, Gobiernos o Entidades Públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional.*

c) *Cuando sean nombrados para desempeñar puestos o cargos en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas que, de conformidad con lo que establezca la respectiva Administración Pública, estén asimilados en su rango administrativo a altos cargos.*

d) *Cuando sean adscritos a servicios del Tribunal Constitucional o del Defensor del Pueblo o destinados al Tribunal de Cuentas en los términos previstos en el artículo 93.3 de la Ley 7/1988, de 5 de abril.*

e) *Cuando accedan a la condición de Diputado o Senador de las Cortes Generales, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función.*

f) *Cuando se desempeñen cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva en las Asambleas de las Ciudades de Ceuta y Melilla y en las Entidades Locales, cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales y cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y resolución de las reclamaciones económico –administrativas.*

g) Cuando sean designados para formar parte del Consejo General del Poder Judicial o de los Consejos de Justicia de las Comunidades Autónomas.

h) Cuando sean elegidos o designados para formar parte de los Órganos Constitucionales o de los Órganos Estatutarios de las Comunidades Autónomas u otros cuya elección corresponda al Congreso de los Diputados, al Senado o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

i) Cuando sean designados como personal eventual para ocupar puestos de trabajo con funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento político y no opten por permanecer en la situación de servicio activo.

j) Cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales.

k) Cuando sean designados asesores de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

l) Cuando sean activados como reservistas voluntarios para prestar servicios en las Fuerzas Armadas.

2. Quienes se encuentren en situación de servicios especiales percibirán las retribuciones del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera, sin perjuicio del derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento. El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y derechos del régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación. No será de aplicación a los funcionarios públicos que, habiendo ingresado al servicio de instituciones Comunitarias Europeas,

o al de Entidades y Organismos asimilados, ejerciten el derecho de transferencia establecido en el estatuto de las Comunidades Europeas.

3 Quienes se encuentren en la situación de servicios especiales tendrán derecho, al menos, a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan. Tendrán, asimismo, los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación. En este sentido, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o que hayan sido elegidos, Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

4. La declaración de esta situación procederá en todo caso, en los supuestos que se determinen en el presente Estatuto y en la Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo del mismo.

El artículo pese a los casos o causas de declaración posibles de la situación de servicios especiales no creo que exija una pormenorización particular de cada una. Cada caso es, en definitiva una decisión legal y

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

el artículo en general obedece o satisface dos intereses; uno, se puede decir que es el de facilitar la participación política de los funcionarios o su colaboración o aportación a órganos de otros poderes públicos distintos del ejecutivo o de organismos internacionales o de las Instituciones de la Unión Europea y, el otro, el de que su carrera no se vea perjudicada por ello. Se puede pensar que este último es el factor principal a considerar o tener en cuenta y que, por tanto, el artículo obedece a intereses burocráticos, pero el primer interés señalado no ha de descartarse, pues, en definitiva, las experiencias adquiridas en la Administración pública pueden ser útiles en lo servicios que contempla el artículo.

Otra cuestión a exponer, desde el punto de vista de la gestión de personal, es la que recoge el punto 3 del artículo, sobre todo ante situaciones fácticas o pretensiones de los funcionarios de unir la situación de servicios especiales a una reserva de su puesto de trabajo en la Administración pública correspondiente. Del artículo no se desprende la existencia de dicha reserva o derecho, por lo menos respecto del puesto; es evidente, sin embargo que obliga a una reserva de *plaza* y a una dotación económica, en el momento del ingreso que contemple las retribuciones, trienios y categoría o grado del que reingresa desde la situación de servicios especiales. No obstante, la situación de hecho, teniendo en cuenta la posibilidad de proceder a nombramientos provisionales y al, ya comentado, nombramiento de interinos en los puestos inferiores, permite que la reserva de puesto pueda ser real y que el funcionario goce de la posibilidad, en su reingreso, de volver a su puesto o, según las circunstancias, atendidos sus servicios especiales, ir por libre designación a otro puesto mejor para sus intereses.

Por último, el punto 4 deja abierta una puerta a que las leyes de desarrollo estatutario establezcan más supuestos en los que proceda la

declaración de servicios especiales; sin que, personalmente y ahora, alcance a vislumbrar alguno de los posibles, pero pensando que el legislador ofrece un margen a la autonomía de las Administraciones públicas y sus peculiaridades.

Artículo 88. Servicio en otras Administraciones Públicas.

1. Los funcionarios de carrera, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas. Se mantendrán en esa situación en el caso de que por disposición legal de la Administración a la que acceden se integren como personal propio de ésta.

2. Los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran.

Las Comunidades Autónomas al proceder a esta integración de los funcionarios transferidos como funcionarios propios, respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición de carrera que tuviesen reconocido.

Los funcionarios transferidos mantienen todos sus derechos en la Administración Pública de origen como si se hallaran en servicio activo de acuerdo con lo establecido en los respectivos Estatutos de Autonomía.

Se reconoce la igualdad entre todos los funcionarios propios de las Comunidades Autónomas con independencia de su Administración de procedencia.

3. Los funcionarios de carrera en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión previstos en este Estatuto, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. El tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

4. Los funcionarios que reingresen al servicio activo en la Administración de origen, procedentes de la situación de servicio en otras Administraciones Públicas, obtendrán el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los Convenios de Conferencia Sectorial y demás instrumentos de colaboración que establecen medidas de movilidad interadministrativa, previstos en el artículo 84 del presente Estatuto. En defecto de tales Convenios o instrumentos de colaboración, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso.

Estimo que es el punto 3 del artículo el elemento central del mismo. En primer lugar porque el punto segundo obedece a una lógica indiscutible, la de que el funcionario que es transferido de una Administración a otra se integra plenamente en ella, pero conserva sus derechos en la de procedencia como si se hallara en servicio activo. Lógico todo ello porque el hecho de la transferencia no procede de la voluntad del transferido, al menos plenamente, ya que, según el sistema

que se siga en la transferencia, es posible, como ocurrió en la transferencia del Estado a las Comunidades Autónomas, que se abran procesos iniciales de carácter voluntario. Si bien hay que considerar que lo normal es que la transferencia se produzca de modo que el personal que se transfiere sea el que desarrolla las competencias que se transfieren. La experiencia habida con las transferencias estatales a las Comunidades Autónomas es que su peso real residía en la transferencia económica o de presupuestos y bienes, de modo que la de personal no se produjo respecto de los altos cargos que en la capital de la nación venían desarrollando las competencias que se transferían.

De otro lado, lo que el artículo también evidencia es que siempre existe la posibilidad de que se produzcan transferencias de unas Administraciones a otras.

Comentado lo anterior se ha de entrar en las cuestiones que plantea el punto tercero del artículo. La principal es que la situación de servicio en otras Administraciones públicas para los que se trasladan a otra Administración pública con carácter voluntario, por un procedimiento de provisión de puestos de trabajo de los previstos en el Estatuto, parece ser distinta de la que procede en caso de transferencia, ya que en estos casos voluntarios no se mantiene una *integración* en la Administración a la que se incorporan, mientras que se mantiene indirectamente una situación de servicio activo en la de origen, al considerarse el tiempo de servicio en la Administración Pública de destino como activo en el cuerpo o escala de origen.

Esta situación, en una primera lectura, parece que sea favorable para el interesado, pero lo cierto es que el artículo no establece con claridad o elude la situación, por ejemplo, de aquellos que acceden a otra Administración pública por un sistema de libre designación o cualquier otro en el que no exista un procedimiento concurrencial, como

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

pueda ser el caso de una comisión de servicios. Parece que la cuestión en cierto modo depende de cada Ley de desarrollo. Sin embargo, por ejemplo, en el caso de una comisión de servicios de carácter temporal, lo lógico es que se cese en la misma y se vuelva a la Administración de origen, pero nada impide que en lugar del cese o pese a él se acceda a la Administración en la que se estaba en comisión mediante una libre designación.

En resumen, el problema real radica en los que acceden a otra Comunidad Autónoma por el sistema de libre designación por las siguientes razones: La primera es que ningún funcionario se cree que el procedimiento lo sea de mérito y capacidad. La segunda es que no está nada claro que el político de turno esté dispuesto a asumir a los cargos de libre designación del anterior en su cargo. Dada pues la regulación del Estatuto, el funcionario cesado, salvo la interpretación que se otorgue al punto 3 del artículo 84, se puede encontrar que no tenga un puesto en la Administración de origen o que tenga que acudir a un simple concurso de mérito y capacidad puro y duro o en puestos de menos categoría y rango. Se abre, normalmente un proceso de negociación para adquirir un puesto provisional en expectativa de un destino definitivo, y en ambas Administraciones, la de origen y la otra.

Lo antedicho evidencia algunos aspectos del sistema en general que vienen provocados, precisamente, por el sistema de libre designación. Dicho sistema, hasta ahora, sin que se apunte un cambio futuro, es el de la creación de un núcleo de altos funcionarios, los de mayor experiencia o más afectos al partido en el poder, que rotan en los puestos de libre designación o en nombramientos provisionales a la espera de mejores tiempos. Es el “cuerpo directivo” de hecho y si se conforma principalmente por componentes de un cuerpo dominante en la organización correspondiente o de cuerpos que se la reparten, se

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99

Fax: 96 389 06 99

Email:

andresmorey@morey-
abogados.com

apoyan unos a otros para conservar el nivel adquirido o la Administración les crea puestos “refugio” o “consolación”, si bien el artículo 84 prevé que se les asigne un puesto en la Administración de destino, pero en los que llama procedimientos de movilidad que no sabemos si son distintos de los de provisión normales.

Otra cuestión que en este punto abre el artículo es su relación con el artículo 84, en cuyo comentario ya apuntábamos los problemas antes tratados. Y es que el estatuto o bien se muestra reiterativo en el punto 3 de dicho artículo 84 y en el de el que ahora comentamos o cabe preguntarse si los procedimientos de movilidad del artículo 84 son cosa distinta de los sistemas de provisión de puestos de trabajo que con carácter general se regulan en el Estatuto. Si se llega a esta interpretación sólo los funcionarios que accedieran por un *procedimiento de movilidad* tendrían derecho a que se les adjudique un puesto en la Administración de destino. La conclusión, de momento, no puede ser más que la de que cada Comunidad Autónoma tiene abierta la vía de permitir o no la movilidad. Puede convocar un concurso o utilizar la libre designación para permitir el acceso a su Administración cuando quiera o puede argumentar que ya convocará los procedimientos de movilidad previstos en el artículo 84 cuando por Conferencia Sectorial se fijen los criterios generales a tener en cuenta. En este momento, a mi parecer, puede hacer lo que quiera, hasta convenir con cualquier Administración mediante lo que el artículo 84 denomina *otro instrumento de colaboración*. Se evidencia como ya he puesto de manifiesto el cinismo o, en otro caso, incompetencia del legislador. Particularmente me inclino por lo primero, ya que con estos artículos parece que el sistema de mérito y capacidad y la movilidad se garantizan, pero si analizas la cuestión en profundidad resulta lo contrario, al menos en los altos funcionarios o puestos, mientras que los

inferiores quedan sin movilidad, salvo que sean de libre designación, hasta que se establezcan los criterios generales y dependiendo de las relaciones de puestos de trabajo. Lo que se garantiza es que el sector político de cada Administración pública puede actuar como le venga en gana y garantizarse el personal que cree que le conviene.

El punto 4 del artículo también obedece a la lógica del sistema que hemos comentado. Se le garantiza al funcionario su carrera a la hora de reingresar en su Administración de origen, pero allí donde la cuestión no está clara, que es en el sistema retributivo y las consecuencias de las diferencias que se pueden producir, se produce la cautela y como no se tiene capacidad para decidir, pues se ignora cual va a ser la consecuencia de lo legislado, se remite todo a lo que se decida en los Convenios de Conferencia Sectorial o instrumentos de colaboración. El Estatuto sirve la empanada pero su corte y reparto lo deja para otro momento, pues desconoce su tamaño y componentes. Y por si la Conferencia Sectorial no se aclara y dado que en el problema se incluyen las entidades locales deja, en el artículo 84 y en este que comentamos, la puerta abierta a *otros instrumentos de colaboración*. En fin, con estos comentarios y los realizados respecto del artículo 84, creo que el lector o el interesado en el tema tienen datos suficientes para sacar sus propias conclusiones.

Artículo 89. Excedencia

1. La excedencia de los funcionarios de carrera podrá adoptar las siguientes modalidades:

- a) Excedencia voluntaria por interés particular.*
- b) Excedencia voluntaria por agrupación familiar.*
- c) Excedencia por cuidado de familiares.*
- d) Excedencia por razón de violencia de género.*

Los funcionarios de carrera podrán obtener la excedencia voluntaria por interés particular cuando hayan prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores.

No obstante, las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo del presente Estatuto podrán establecer una duración menor del periodo de prestación de servicios exigido para que el funcionario de carrera pueda solicitar la excedencia y se determinarán los periodos mínimos de permanencia en la misma.

La concesión de la excedencia voluntaria por interés particular quedará subordinada a las necesidades del servicio debidamente motivadas. No podrá declararse cuando al funcionario público se le instruya expediente disciplinario.

Procederá declarar de oficio la excedencia voluntaria por interés particular cuando finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo, se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo que se determine reglamentariamente.

Quienes se encuentren en situación de excedencia por interés particular no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

3. Podrá concederse la excedencia voluntaria por agrupación familiar sin el requisito de haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante el periodo establecido a los funcionarios cuyo cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en

cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos públicos y Entidades de Derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos similares de las Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales.

Quienes se encuentren en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar no devengarán retribuciones, ni les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

4. Los funcionarios de carrera tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.

También tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años, para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por si mismo y no desempeñe actividad retribuida.

El período de excedencia será único para cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.

En el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá

limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea de aplicación. El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos durante dos años. Transcurrido este período, dicha reserva lo será de un puesto en la misma localidad y de igual retribución.

Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

5. Las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral tendrá derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran, siendo computable dicho período a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de la Seguridad Social que sea de aplicación.

Cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este período por tres meses, con un máximo de dieciocho, con idénticos efectos a los señalados anteriormente, a fin de garantizar la efectividad del derecho de protección de la víctima.

Durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a su cargo.

Antes de analizar cada punto de este artículo, estimo que, con carácter general, el mismo es un ejemplo de decisiones del legislador

que, por lo tanto, se presentan como directamente aplicables e indiscutibles, pero cuya motivación no aparece nítida o no es claramente comprensible y que realmente tiene su origen en la propia Administración o en sus funcionarios y gestores y en sus propios intereses en relación con la gestión a realizar y que pueden ser discutibles. Pero contemplaremos estos casos al analizar cada punto.

El punto 1 del artículo hay que conectarlo con lo ya manifestado respecto del punto 2 del artículo 85 y de la, hasta esta Ley, denominada excedencia forzosa, sobre todo en cuanto el citado punto en su apartado a), que es el que más se corresponde con la figura extinguida o no regulada, sólo se refiere, inicialmente, a *una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo*. Por lo tanto, desde mi punto de vista, en el Estatuto, tanto al regular la planificación de recursos humanos y ahora en la regulación de las situaciones, no se plantea claramente la posibilidad de que determinadas situaciones exijan la eliminación de estructuras y puestos de trabajo y el cesar personal por tiempo indeterminado o permanente. Sólo al remitir, en el artículo 85, a las Comunidades Autónomas la regulación de otras situaciones existe la referencia a *la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo*. Es posible que las Comunidades Autónomas corrijan esta cesación en el servicio activo o la maticen regulando una situación como la excedencia forzosa y estableciendo la posibilidad de reingreso al servicio activo del personal cesado que por edad no haya optado por jubilarse y esté en condiciones de acceder a un puesto de trabajo, pero no se comprende muy bien porqué la cuestión no se ha abordado, de modo que una cuestión organizativa que se puede dar en la realidad no se regula directamente.

De otro lado y en contraste, sí se regulan otros supuestos de excedencias que presentan aspectos más favorables para el legislador y

de avance social o en los derechos de los funcionarios, como son los descritos en los casos b), c) y d).

El punto 2 del artículo podemos decir que se mueve en el terreno de lo tradicional respecto de la excedencia voluntaria por interés particular. Sin embargo, hay en él un punto que me suscita dudas y que no alcanzo personalmente a descubrir un motivo o razón claros para su alcance y necesidad. Se trata, primero, de la limitación establecida de exigencia de un tiempo mínimo para solicitar la excedencia voluntaria por interés particular y, segundo, el del periodo inicialmente establecido para ello. Respecto de lo primero se puede deducir que la Administración no desea entrar en continuos procesos de selección, provisión de puestos de trabajo o de nombramientos interinos, derivados de que los funcionarios recién ingresados se vayan de la misma. Bien, es una razón burocrática comprensible, pero sólo burocrática o de gestión. De otro lado, hay que considerar las diferentes situaciones económicas y sociales que pueden darse; así la huida de funcionarios públicos de la Administración por interés particular puede darse con mayor frecuencia en épocas de bonanza económica y de movilidad hacia el sector privado, momento en el que es razonable que una Administración pública se plantease la necesidad de evitar la huida del personal más capacitado y, además, con la posibilidad de ofrecer a las empresas privadas y particulares un asesoramiento ventajoso para ellos pero digamos “perjudicial” para la Administración. Sin embargo, en épocas, como la actual de crisis económica lo que se puede producir es lo contrario: una mayor demanda de empleo público y de intervencionismo público.

La otra duda se establece respecto de los cinco años que establece el Estatuto y que ya establecía la derogada Ley 30/1984, como tiempo de permanencia mínimo en el servicio para solicitar la excedencia, si bien se elimina la exigencia de que en la situación de excedencia

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

voluntaria por interés particular se permanezca al menos dos años continuados. ¿Por qué cinco años? ¿Por qué no dos o tres o uno? Que no existe una razón taxativa y que el periodo es indicativo si no caprichoso se comprende por el mero hecho de que, a continuación de fijarlo, el artículo permite que cada Comunidad Autónoma establezca un periodo de menor duración. Hasta la propia Administración estatal puede cambiar el periodo y la exigencia. ¿Capricho del legislador o del redactor del precepto? ¿Razón elemental pero arcana?

Si se trata de impedir la movilidad excesiva de personal en la Administración y esta depende del momento, ¿por qué no reforzar la idea de que la excedencia en estos casos se subordina a las necesidades del servicio? ¿No es esta la única y verdadera causa de que a un funcionario se le pueda negar una excedencia o derivarla a otro momento mejor? Pienso, sin eliminar la posibilidad de exigencia de un periodo menor y racional de permanencia mínima, que lo más adecuado en evitación de irracionalidades hubiera sido subordinar exclusivamente la excedencia a las necesidades del servicio y mediante la debida motivación, como el propio artículo, en definitiva, hace. Subordinación que no cede por el hecho de que se haya permanecido cinco años en el servicio o los que se establezca por cada Comunidad Autónoma. ¿Qué pueden darse arbitrariedades y agravios comparativos? Pues bien para ello existe una jurisdicción contencioso – administrativa y, además, debe predominar una administración profesional, objetiva e imparcial que evite arbitrariedades y caprichos burocráticos o políticos y el tener que recurrir a la citada jurisdicción. Esto es lo racional y no el establecimiento de límites injustificados.

Finalmente, además de insistir en que limitarse a subordinar la excedencia a las necesidades del servicio permite adaptarse al momento social correspondiente y a criterios de oportunidad de motivación más

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

precisa y concreta, hay que considerar, desde mi punto de vista, que permitir que un funcionario cambie de actividad o trabajo o que tenga movilidad hacia el sector privado, en términos amplios no perjudica al interés público y en cambio puede contribuir al desarrollo de su personalidad, derecho fundamental reconocido en el artículo 10 de la Constitución, y, quizá, contribuir, en caso de reingreso, a un mejor servicio público. Por ello estimo que es solución más racional la de la simple subordinación a las necesidades de del servicio y a su motivación en cada caso concreto, sin perjuicio de que ello pueda plantear conflictos jurídicos.

Los restantes párrafos del punto 2 del artículo, desde mi punto de vista, no plantean cuestiones especiales que tratar y se corresponden con soluciones ya tradicionales y ajustadas a la figura de la excedencia.

El punto 3 que se refiere a la excedencia voluntaria por agrupación familiar lo primero que evidencia es que para esta clase de excedencia no se exige un tiempo mínimo de prestación de servicios para poder ser concedida y queda manifiesto que comprende al cónyuge funcionario o laboral fijo. La finalidad de la excedencia es clara se trata de agrupar a cónyuges con destino en las Administraciones públicas u otros órganos dependientes de poderes públicos que estén destinados en localidades distintas. Pero la solución que se ofrece es una excedencia y, por tanto, no una posibilidad de obtener destino en la localidad del otro cónyuge, para mantener la unión y el nivel de retribución, como ocurriría si la Ley además de esta excedencia hubiere contemplado soluciones de provisión de puestos de trabajo que facilitarían la agrupación familiar, tal como, por ejemplo, el *derecho de consorte* que se aplicaba en el magisterio u otras medidas similares en el mismo sentido, de otorgar un turno en la provisión de puestos de trabajo que facilitara la agrupación sin pérdida de trabajo, que estarían más en

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

consonancia con el derecho individual que mantiene el artículo 14 j) del Estatuto, que alcanza no sólo a la vida familiar sino a la laboral.

De este modo o bien solicitas una excedencia o dependes del favor (destino de libre designación, nombramiento provisional, comisión de servicio, etc.)

El punto 4 contempla la excedencia por cuidado de familiares, en especial de los hijos y la desarrolla. La excedencia para la atención a cada hijo tiene un límite máximo de duración fijado en tres años que hemos de considerar coincidente con la edad en que se suele escolarizar al párvulo. Alcanza a los hijos por adopción.

La atención a los familiares no sólo tiene el límite de tiempo de tres años, sino de grado, pues sólo alcanza a familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o de afinidad y, además, en situación de dependencia y sin que se desempeñe actividad retribuida. Las restantes reglas que recoge el punto orientan la actividad administrativa de gestión de personal, pero hay que destacar que frente al caso de la excedencia por agrupación familiar en el caso del cuidado de familiares el tiempo de permanencia en la situación es computable a efectos de trienios, carrera y derechos en régimen de la Seguridad Social y, además, se permite que el funcionario excedente por esta razón pueda participar en cursos de formación que convoque la Administración. Es indudable que el legislador otorga un valor social a la razón o causa de la excedencia o al fin que persigue.

La excedencia por violencia de género de la que se ocupa el punto 5 del artículo lo es sólo a favor de la mujer, por lo que se desarrolla dentro el movimiento de actualidad en dicho sentido, pero, desde mi punto de vista, en este caso no se trata de una discriminación positiva, sino de un trato desigual respecto del hombre que pueda ser objeto de maltrato o de la misma violencia, pues para ellos no se prevé nada.

Artículo 90. Suspensión de funciones.

1. *El funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición. La suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.*

2. *La suspensión firme se impondrá en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria. La suspensión firme por sanción disciplinaria no podrá exceder de seis años.*

3. *El funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias o Entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas en el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.*

4. *Podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario, en los términos establecidos en este Estatuto.*

La figura de la suspensión de funciones como se deduce de la lectura del artículo es una situación que deriva bien de un expediente o una sanción disciplinaria bien de la tramitación de un procedimiento judicial que en los términos establecidos por el propio Estatuto, o por la legislación general, repercute en una posible inhabilitación o imposibilidad de ejercer funciones públicas.

El artículo distingue entre suspensión provisional y firme, adquiriendo la primera el carácter de medida cautelar en tanto se realiza la tramitación del expediente disciplinario o del procedimiento judicial y que tiene más regulación en el artículo 98 del Estatuto, en cuyo punto 3,

MOREY

ABOGADOS

C/ Gorgos N°20 - Pta. 8
Valencia

Teléfono: 96 352 55 99
Fax: 96 389 06 99
Email:
andresmorey@morey-
abogados.com

segundo párrafo, se establece que esta suspensión como medida cautelar en virtud de la tramitación de expediente disciplinario no podrá exceder de 6 meses. Otras consecuencias regula el citado artículo en el caso de tratarse de un procedimiento judicial, en cuyo caso la suspensión provisional se mantiene por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. Se establece que aun cuando se exceda de los seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo. Una vez más estimo que existe una mala técnica normativa en el Estatuto, en cuanto el propio artículo 90 que ahora examinamos, en su punto 4 debía remitir al 98.3 o, como alternativa, el 98 remitir a lo establecido en el 90 y éste añadir lo regulado o previsto en el 98.3. Fruto de esta mala técnica es que el lector no experto en la materia que sigue ordinalmente la ley y este artículo 90, lo primero que lee es que el funcionario declarado en suspensión queda privado del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a su condición, en tanto permanece en dicha situación. Este primer punto del artículo no diferencia o matiza la clase de suspensión y el punto cuarto dedicado a la suspensión provisional no matiza respecto a ésta, hay que acudir o llegar al citado artículo 98.3, último párrafo, para comprobar que el artículo 90.1 no es general sino sólo referido a la suspensión firme, ya que al suspenso provisional se le reconoce el derecho a percibir durante el tiempo de suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijos a cargo, como viene siendo norma habitual en la legislación funcionarial.

La suspensión firme es, pues, el resultado de una sanción disciplinaria que está prevista en el artículo 96 del Estatuto y que tiene una duración máxima de 6 años o puede derivar de una sentencia dictada en causa criminal.

La sanción tiene como efecto no sólo la imposibilidad de prestar servicio en la Administración que sanciona o en la que se presta servicio, sino que alcanza también a toda Administración pública y sus entes de derecho público, durante todo el tiempo que dura la sanción o la pena. Hay que tener en cuenta que en el caso de la pena es por lo que dure la misma y también impide durante ella la obtención de obtener el mismo empleo u otros análogos.

Artículo 91. Reingreso al servicio activo.

Reglamentariamente se regularán posplazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respecto al derecho a la reserva de puesto de trabajo en los caos en que proceda conforme al presente Estatuto.

De la naturaleza y características de las situaciones administrativas se deduce como es lógico que, salvo la de servicio activo, en todas las demás se deja de desempeñar un puesto de trabajo temporalmente y que alguna de ellas están sujetas a un límite temporal. Este hecho de la temporalidad en la situación obliga cuando la situación finalice a que los interesados soliciten el reingreso o que lo hagan, en su caso, cuando desean interrumpirla o cuando cesan en ella. El reingreso es pues un derecho de los funcionarios que cesan en un puesto o en una Administración por pasar a una situación administrativa de las reguladas en el Título que estamos comentando y el artículo lo único que hace es remitir al reglamento en cuanto a plazos, procedimientos y condiciones.

No vamos pues a analizar estos procedimientos y condiciones, me limitaré a señalar que según los plazos en que haya que solicitar el reingreso o la voluntad, en su caso, del interesado el reingreso puede

obtenerse con carácter provisional o definitivo, debido a los sistemas de provisión de puestos de trabajo.

Artículo 92. Situaciones del personal laboral.

El personal laboral se regirá por el estatuto de los Trabajadores y por los Convenios Colectivos que les sean de aplicación.

Los convenios colectivos podrán determinar la aplicación de este Capítulo al personal incluido en su ámbito de aplicación en los que resulte compatible con el Estatuto de los trabajadores.

El artículo no precisa realmente de comentarios, se desenvuelve en la misma línea de otros anteriores y de acuerdo con la distinción básica entre funcionarios y trabajadores, fijada en el Estatuto. El segundo párrafo constituye una obviedad y no es, pues, una habilitación o el otorgamiento de una potestad.