

Negociación colectiva y procesos de selección. Marco de participación de la negociación colectiva: posibilidades y límites

“Estos días azules y este sol de la infancia”,
Probablemente el último verso de don Antonio Machado,
en recuerdo del sesenta aniversario de su muerte.

Manuel Férrez

Profesor titular de Derecho Administrativo
ESADE - Universitat Ramon Llull

1. Consideraciones preliminares.....	1
2. Límites de la negociación: materias excluidas relacionadas con el acceso.	3
2.1. Materias excluidas de la negociación y directamente vinculadas con el acceso.....	3
2.2. Materias excluidas de la negociación e indirectamente relacionadas el acceso	4
3. Posibilidades de la negociación: materias relacionadas con el acceso que deben ser negociadas	5
3.1 Materias directamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas	6
3.2 Materias indirectamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas	6
4. De la (¿ambigua?) teoría a la práctica: el debate en torno composición de los órganos de selección.....	8

1. Consideraciones preliminares

Estas breves reflexiones pretenden ser continuación y complemento de lo explicado en este seminario por MAURI, en cuanto a las materias objeto de negociación, y BOLTAINA, en relación con la participación de los representantes de personal en los procesos de selección, cuyos análisis suscribo totalmente en el marco de las siguientes consideraciones.

La primera consideración es sobre la concepción de los procesos de selección en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) . Entiendo que en el marco de la negociación colectiva se debe partir de una concepción amplia de los procesos de selección entendidos genéricamente como todo lo relacionado con el acceso al empleo público: sistemas de acceso, órganos de selección, formación para el acceso, acceso a un nuevo puesto mediante promoción interna, Ofertas de empleo público, Planes de recursos humanos, procesos de funcionarización empleo temporal, diseño de puestos y perfiles competenciales, además de los sistemas de reclutamiento (entendido como la adopción de mecanismos para disponer de candidatos cualitativamente adecuados y cuantitativamente suficientes por ejemplo, por ejemplo, bolsas de trabajo).

La segunda consideración se refiere a dos hechos que han contribuido a enturbiar la negociación colectiva en el sector público y, en especial, en relación con los procesos de selección. El primero hecho es el predominio de prácticas que han venido desbordando el marco jurídico ante un modelo de negociación confuso y controvertido, al albur de una jurisprudencia demasiadas veces contradictoria, lo que llevó a la Comisión de Expertos

para la elaboración del EBEP¹ a decir que “Todo ello ha originado una situación real de manifiesta inseguridad jurídica”. Un botón de muestra es el siguiente artículo, vigente hasta la aprobación del EBEP, cuya redacción “identificando” materias negociables era un campo abonado para las interpretaciones más dispares: “*Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley*” (art. 32, j).

El segundo hecho es el progresivo desprestigio de los procesos de selección cuando falla alguna de las siguientes perspectivas en el cumplimiento de las funciones que los diferentes actores tienen asignadas y que ahora aparecen sistematizadas en el EBEP:

a) La perspectiva del poder: entre la responsabilidad y la arbitrariedad. La actuación de quien ostenta el poder de decidir sobre el nombramiento de los funcionarios o sobre la contratación del personal laboral puede oscilar entre la responsabilidad de hacer cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a un empleo público (art. 55.1, 59 y 61.1) y la arbitrariedad para encubrir la selección de una persona previamente determinada por intereses políticos o personales.

b) La perspectiva del control: entre la garantía y la influencia. La participación de representantes del personal en los procesos de selección debe cumplir una función de garantía para que a todos se les apliquen las mismas reglas garantizando la libre concurrencia (art. 61.1), pero puede degenerar en la influencia al limitarse a intentar conseguir un puesto para los afiliados de la correspondiente organización sindical, profesional o política.

c) La perspectiva de la gestión: entre la eficacia y el mero trámite. La principal función del gestor público es ser eficaz (arts. 55.2. f y 61.4), siempre dentro de la legalidad (art. 55.1), a la hora de garantizar la adecuación de los contenidos de las pruebas y méritos a valorar (arts. 55.2. e y 61.2) así como la imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano de selección (Arts. 55.2. b y 60.1.b) para que al final del proceso sean nombrados los mejores candidatos, lo cual se puede frustrar si el proceso de selección se diseña y realiza como mero trámite para cumplir las garantías formales.

Una tercera consideración tiene que ver con el modelo de negociación del EBEP. Conviene remarcar que el EBEP reduce el ámbito material de la negociación colectiva en un triple aspecto: primero, ampliando la lista de materias excluidas (por ejemplo, la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo); segundo, limitando la capacidad negociadora en determinadas materias (por ejemplo, en relación con el acceso y la clasificación de puestos); y, tercero, reforzando la perspectiva de la gestión (por ejemplo, con la nueva redacción del art. 37.2.a – que ahora sólo obliga a negociar 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- o con la exclusión expresa de la negociación de lo relativo a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica –art. 37.2.e). Creo que es importante que todos los negociadores sean conscientes de esta reducción del ámbito de negociación, entre otras cosas, para romper esa tendencia histórica de forzar los límites del modelo.

¹ En septiembre del año 2004 se constituyó la denominada Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, nombrándose presidente de la misma al profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN, por decisión del entonces Ministro de Administraciones Públicas Jordi SEVILLA. En abril del año 2005 la Comisión finalizó su trabajo que ha sido publicado como *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005 (también se puede consultar en la página Web del propio Ministerio).

Por último, se aborda de forma residual al final de la ponencia el análisis de la única materia que, sorprendentemente, aparece como de negociación potestativa en el EBEP: la posibilidad de que las Administraciones Públicas negocien las formas de colaboración de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos que, aunque formalmente, aparece referido al personal laboral, nada impide hacerlo extensible a los funcionarios (art. 61.7). Tras el exhaustivo y lúcido análisis realizado por BOLTAINA sobre este tema tan sólo me cabe intentar realizar alguna matización.

2. Límites de la negociación: materias excluidas relacionadas con el acceso.

2.1. Materias excluidas de la negociación y directamente vinculadas con el acceso

El art. 37.2.e) del EBEP establece que queda excluida de la obligatoriedad de la negociación “La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”. Esta es la redacción excluyente de la posibilidad de negociar en materia de acceso que había propuesto la Comisión de Expertos, pues entendía que lo relacionado con el acceso al empleo público afecta a un derecho fundamental – paradójicamente negado por el propio Tribunal Constitucional al personal laboral del sector público- (art. 23. 2 CE) y al ejercicio de potestades públicas necesarias para garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad, objetividad, etc. (art. 55 EBEP). Pero el texto final del EBEP se apartó parcialmente de la recomendación de la Comisión de Expertos al admitir un ámbito de negociación en esta materia, ya que según lo previsto en el art. 37.1.c) serán objeto de negociación: “Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso...”. En este intento del legislador de básico por contentar a los expertos y a los sindicatos está la explicación de la contradictoria redacción de los dos apartados del art. 37²: por un lado, se dice que serán objeto de negociaciones determinadas “normas” relativas al acceso y, por otro lado, se excluye de la negociación la “regulación” del acceso. Parece que lo sensato es interpretar que una cosa negociar normas que se limitan a fijar criterios generales en materia de acceso (como analizaremos más adelante) y otra diferente negociar la regulación concreta de cada uno de los elementos del acceso al empleo público, que es la parte excluida de la negociación en la que ahora nos centraremos.³

Lo relevante de este art. 37.2.e) del EBEP es que deja al margen de la negociación “la determinación concreta” de los elementos esenciales del acceso:

- Los sistemas de acceso. Esto supone que no es negociable ni la estructura ni el contenido del sistema de selección a utilizar, de tal manera que el único límite para la administración convocante será la correcta aplicación de lo establecido en el art. 61. del EBEP.

² Tal y como lo ha explicado Remedios ROQUETA BUJ en su libro *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007 (pp. 297 y 298).

³ Resulta clarificadora la interpretación de Joan MAURI en “La negociación colectiva”, capítulo del libro dirigido por Salvador del REY GUANTER *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007: “En este caso hay que lamentar la utilización de la expresión “regulación y determinación concreta” para la delimitación del campo que debería quedar al margen del proceso negociado, ya que el artículo 37.1 c) del EBEP prevé que serán objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión, lo que sin duda provocará una innecesaria confusión. A nuestro juicio aquello que ha de ser objeto de negociación son las normas reguladoras de estas materias mientras que deberían quedar excluidas de la misma las resoluciones y actos administrativos, incluso los que pueden ser definidos como actos generales, que pertenecen al estricto campo de la gestión y administración del personal en el que los sindicatos no deben introducirse por constituir el núcleo esencial de la responsabilidad atribuida a los órganos activos de la administración pública.”

- Los criterios concretos sobre que alternativa de selección utilizar en relación con el sistema concreto; por ejemplo, cuando se pueda optar entre oposición y concurso-oposición para los funcionarios (art. 61.6) y, además, concurso cuando se trate de personal laboral (art. 61.7).⁴

- La concreta composición de los órganos de selección en cumplimiento de lo establecido en el art. 60 del EBEP, sobre cuya controvertida aplicación volveremos al final de esta ponencia.

- Los procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Cada administración decidirá unilateralmente si sus procesos selectivos tendrán carácter abierto garantizado la libre concurrencia o si serán restringidos en el marco de la promoción interna (art. 61.1) y, asimismo, decidirá sobre la estructura y contenido de tales procedimientos (art. 61.2, 3 y 5). Si aceptamos que en este precepto el legislador ha utilizado conscientemente la idea “promoción profesional” en el mismo sentido que en el art. 16, esto es, como sinónimo de carrera profesional, entonces la capacidad de decisión unilateral de la correspondiente administración pública va más allá de la promoción interna y se extiende a las diferentes modalidades de carrera, incluida la tradicional modalidad de carrera vertical que conlleva acceso a un nuevo puesto (art. 16.3 y 4). Creemos que está es la interpretación coherente, pues actúa como límite a las previsiones del art. 37.1.c) cuando establece la obligatoriedad de negociar las normas que fijen los criterios generales de la carrera.

La principal consecuencia práctica de la exclusión estos elementos esenciales del acceso es que quedan fuera del ámbito negociador las bases generales y específicas que regulan los procesos de selección y de promoción interna así como las convocatorias concretas.

2.2. Materias excluidas de la negociación e indirectamente relacionadas el acceso

El análisis del apartado e) del art. 37.2 del EBEP debe ser completado con la identificación de cómo afectan a la determinación de los límites de la negociación en relación con el acceso otras materias excluidas que podemos calificar de transversales, porque se derivan de la doble naturaleza de las administraciones como poderes público y organizaciones al servicio de los ciudadanos. Analicemos brevemente estas materias desde la perspectiva del acceso⁵.

A nuestros efectos, la materia transversal excluida más relevante es relativa a “Las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización” (art. 37.2.a). Es interesante remarcar que, ante una materia sobre la que existe un gran margen de ambigüedad interpretativa, la Comisión de Expertos distingue una triple acepción: poderes de estructuración de competencias y órganos administrativos, poderes de elección de las modalidades de gestión y poderes de dotación o asignación de medios. Esta triple acepción aplicada al acceso nos conduce a que, por ejemplo, desde la perspectiva organizativa, deben ser excluidas de la negociación las decisiones relativas a la aprobación de las relaciones de trabajo pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 74 del EBEP “Las Administraciones públicas estructurarán su organización a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares...”, y desde la perspectiva de la dotación o asignación de medios

⁴ Este puede considerarse uno de los “puntos negros” de la reforma en materia de selección, pues se ha desaprovechado, una vez más, la oportunidad de romper con la inercia de establecer una diferenciación de regulación entre funcionarios y laborales allí donde es especialmente importante que reciban el mismo trato como empleados públicos: ser seleccionados por el mismo sistema cuando han de realizar funciones similares.

⁵ Partimos del análisis de estas materia no negociables realizado por Joan MAURI en “L’objecte de la negociació col·lectiva a partir de l’Estatut bàsic de l’empleat públic. Matèries incloses i excloses en la negociació col·lectiva de les corporacions locals” ⁹⁶ Seminari de relacions col·lectives de la FMC, 15 de novembre de 2007 y de los escrito por Remedios ROQUETA BUJ en *El derecho de negociación colectiva...*, ob.cit.

deben quedar excluidas las decisiones relativas a la aprobación de las plantillas de personal.⁶

Está llamado a ser objeto de controversia doctrinal y jurisprudencial, por tratarse de una diferenciación un tanto forzada jurídicamente, el hecho de que el legislador básico trate como una materia diferenciada de la potestad organizatoria a “Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica” (art. 37.2.d)⁷. A nuestro entender, se busca reforzar el ámbito de la gestión de personal, que es una de las ideas fuerza que reflejan en la exposición de motivos del EBEP, tomando como referencia una equiparación con los poderes de dirección en la empresa privada. Lo relevante es que esos poderes dirección, imprescindibles para una adecuada gestión de personal, ya no tienen el límite que el párrafo segundo del art. 37.2.a) ha fijado para las potestades de organización cuando de su ejercicio tenga repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, pues en estos casos deberán negociarse dichas condiciones; por tanto, se podrá dar la paradoja de que esas mismas condiciones sobre el mismo puesto de trabajo no deberán ser objeto de negociación cuando sean fruto de los poderes de dirección. En el propio EBEP podemos encontrar una referencia explícita al ejercicio del poder de jerarquía “*en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas*” (1.3 j) complementado con lo previsto en el art. 71.2, lo que a efectos del acceso, entendido en el sentido amplio que viene interpretando el Tribunal Constitucional y que incluye el derecho al mantenimiento del puesto y a la promoción⁸, supone que estamos hablando de decisiones que pueden afectar tanto al desempeño del puesto como a su configuración, lo que puede acabar siendo un elemento clave tanto para mantenerse una vez que se ha sido seleccionado como para acceder por promoción a un nuevo puesto (lo que en su vertiente organizativa tiene su reflejo en el art. 71.3).

Por último, en la medida que está excluidas de la negociación colectiva “La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo” (art. 37.2.c), porque en muchos casos son la “otra parte negociadora”, esto supone que no pueden ser negociables sus concretas condiciones de acceso (art. 13.4 EBEP).

3. Posibilidades de la negociación: materias relacionadas con el acceso que deben ser negociadas

Comparto plenamente el razonamiento de MAURI según el cual la lista de materias que “serán objeto de negociación” debe interpretarse de manera restrictiva, rompiendo de esta forma con la tendencia expansiva que ha venido caracterizando nuestro modelo de negociación colectiva en el sector público. Así interpreta este autor el sentido de la lista del art. 37.1 del EBEP, cuyas argumentaciones creo que vale la pena reproducir in extenso porque señalan un norte que no conviene perder:

“Així, en les lletres d’aquest precepte s’esmenta un seguit d’aspectes de la regulació de l’Estatut dels funcionaris públics que han de ser objecte de negociació. Aquesta relació s’ha d’entendre en els seus termes estrictes, sense que res no autoritzi a afirmar que les

⁶ Sobre la estructuración de empleo público destaca el análisis de Rafael JIMÉNEZ ASENSIO “Estructura del Empleo Público en el Estatuto Básico del Empleado Público” en el libro dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007, y las reflexiones de Josep ALDOMÀ “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público” en la obra colectiva dirigida por Salvador del REY GUANTER *Comentarios al Estatuto Básico...*, ob.cit.

⁷ “ Tradicionalment, els poders de direcció i control propis de l’organització administrativa s’han considerat inclosos dintre de la potestat d’organització de les administracions públiques i han configurat els anomenats *poders d’organització* del servei, referits sempre a l’aspecte personal de la relació jeràrquica, fonamentada en l’existència d’una posició contraposada de superioritat i dependència.”, Joan MAURI “L’objecte de la negociació col·lectiva...”, ob. cit.

⁸ Ver al respecto las Sentencias 75/1983, de 3 de agosto, y 47/1990, de 20 de marzo

matèries no incloses en aquesta llista poden ser objecte de negociació per voluntat dels òrgans polítics de l'Administració pública corresponent, atès que les entitats públiques estan subjectes a l'imperi de la Llei i negociar sobre aquestes matèries seria precisament privar de sentit l'existència mateixa d'aquesta delimitació de matèries que poden ser objecte de negociació.

Amb aquests antecedents és evident que els àmbits materials objecte de negociació figuren concretats en una norma de rang legal, amb la qual cosa a partir d'ara caldrà atènyer-se al contingut i la definició de les matèries que es descriuen, sense que sigui possible afirmar un principi general de negociació de les condicions de treball dels funcionaris públics que faciliti una expansió de la negociació col·lectiva cap a àmbits no assenyalats específicament com a matèries objecte de negociació, tenint sempre en compte el tractament de la regulació efectuada per la llista de clàusules específiques que en un nivell diferent de concreció actuen com a concepte delimitador de l'espai de la negociació per a un àmbit objectiu concret.”⁹

3.1 Materias directamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas

El legislador básico ha optado por seguir la línea jurisprudencial mayoritaria que realizaba una interpretación más restrictiva en relación con el ámbito de negociación en materia de acceso ante la redacción totalmente abierta de la LORAP, que mantenía la originaria formulación del año 1987 al establecer la obligatoriedad de la negociar “ g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos”. Ahora, el art. 37.1.c) del EBEP acota esta materia a la negociación de “Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso”, lo cual se refuerza, como hemos visto, con la prohibición de negociar “la regulación y determinación concreta” de los aspectos esenciales del acceso (art. 37.2.e). Por tanto, sólo deben ser negociadas normas, lo que en el mundo local nos lleva necesariamente a las normas reglamentarias o convencionales, y no cualquier clase de norma sino tan sólo aquellas normas “que fijen los criterios generales”, por lo tanto también quedan excluidas las posibles reglamentaciones específicas en materia de acceso. Esta concepción de la negociación en materia de acceso obliga a cada administración local a valorar en que normas es más adecuado fijar esos criterios generales, con independencia de las formas que puedan adoptar esas normas: en los propios Acuerdos, Pactos y Convenios Colectivos, un Reglamento general de acceso al empleo público local, en el Reglamento orgánico, en el Plan cuatrienal de acción local, en los presupuestos anuales, en un Plan de modernización, etc.

3.2 Materias indirectamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas

En el art.37.1 del EBEP podemos identificar un listado de materias que inciden sobre el acceso, ya sea desde la vertiente organizativa, planificadora o gestora, siempre con el límite de que se trata sólo de negociar “criterios generales”, con independencia de que se formalicen en normas, en actos o acuerdos administrativos.

a) Materias de carácter organizativo.

Partiendo del concepto de materia organizativa apuntado por la Comisión de Expertos, al cual nos hemos referido al hablar del art. 37.2.a, podemos entender que las siguientes materias afectan al acceso, en el sentido amplio que hemos definido en las consideraciones preliminares de esta ponencia:

- La clasificación de puestos. Según el art. 37.1.c deben negociarse “Las normas que fijen los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo”. El puesto de trabajo se reafirma como la piedra angular del empleo público (Arts. 73.4 y 74

⁹ Joan MAURI “L'objecte de la negociació col·lectiva...”, ob. cit. ,p. 53.

EBEP), de ahí la enorme importancia de que el diseño de puestos y los perfiles competenciales estén bien hechos porque acaban condicionando los procesos de selección (desde el régimen jurídico del puesto – funcionario, laboral o eventual- hasta los sistemas de selección, promoción y provisión). Lo que no podrá ser objeto de negociación es la aprobación de los instrumentos en los que se plasma el resultado de la clasificación de puestos: las relaciones de puestos o instrumentos organizativos similares (art. 74).

- La formación en sentido amplio, tanto para el acceso como para la promoción interna o para la carrera. Deberán negociarse “Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna” (art. 37.1.e). Este es uno de los ámbitos donde existe mayor tradición negociadora y donde la práctica contribuye ir clarificando los criterios generales de negociación,¹⁰ siendo aconsejable que cada entidad local elabore su propio Plan de Formación.

b) Materias relativas a la planificación de los recursos humanos.

En el sector público este es un tema que empieza a ponerse de moda a mediados de los años noventa del siglo pasado, pero en el que todavía queda un largo camino por recorrer. En cualquier caso, el EBEP refleja las ambigüedades existentes en cuanto a su formulación, pero sin reproducir el error del entrar a definir el proceso de elaboración de los conocidos, y casi nunca aplicados, Planes de Empleo (art. 69). Lo que ahora debe negociarse son tanto “Las normas que fijen los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos (art. 37.1.a) como “Los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos (art. 37.1.m). Con independencia de lo poco afortunada de esta doble referencia a la planificación, en relación con el acceso la negociación puede referirse a los criterios generales relativos al reclutamiento (bolsas de trabajo), al empleo temporal (acceso y consolidación –art. 10 y disposición transitoria 4ª del EBEP), a los procesos de funcionarización (disposición transitoria 2ª del EBEP), etc.

c) Materias relativas a la gestión de las personas.

Resulta bastante evidente que el EBEP se ha hecho un amplio eco de las preocupaciones y sugerencias que la Comisión de Expertos ha realizado en materia de gestión de las personas, al ser consciente de que esta es una de las claves del éxito o fracaso de la puesta en práctica de esta nueva reforma. Como ya hemos explicado anteriormente, a la hora de la negociación un límite es el del ejercicio de los poderes de dirección (art. 37.2.d), que el legislador básico ha decidido diferenciar de las potestades de organización. Por ello hemos de acotar el ámbito de la negociación en gestión de personal a las siguientes materias:

- Evaluación del desempeño¹¹. Estamos ante una de las principales novedades de la nueva reforma, y el art. 37.1.d del EBEP establece que deben ser negociadas “Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño”. Los criterios generales más relevantes ya se encuentran definidos en el propio EBEP (transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación-art.20.2), por ello, desde la perspectiva del acceso en sentido amplio el contenido de la negociación tiene que ver con los efectos que se le atribuyen a la evaluación a efectos de acceso a un

¹⁰ Al respecto se puede ver un ejemplo de esos criterios generales de negociación en el IV Acuerdo de Formación continua en las Administraciones Públicas (BOE 19-11-2005).

¹¹Sobre el tema de la evaluación del desempeño resulta especialmente clarificador lo escrito por M. Carme NOGUER “La evaluación del desempeño” la obra colectiva dirigida Salvador del REY GUANTER *Comentarios al Estatuto Básico...*, ob.cit.

puesto por promoción interna o a la posibilidad de mantenerse en el puesto en función de los resultados de un proceso continuado de evaluación (art. 20.4).

- Las ofertas de empleo público. Aunque originariamente la oferta de empleo público (OEP) concibió como un instrumento de planificación se ha acabado consolidando como un instrumento de gestión; esta naturaleza híbrida tiene reflejo en el propio EBEP, pues por un lado incluye la OEP en el capítulo dedicado a la planificación (capítulo primero del Título V) y por la otro la equipara a un instrumento de “gestión de la provisión de las necesidades de personal” (art. 70), lo que en el sector privado se resolvería diciendo que se trata de un instrumento de planificación a corto plazo. En relación con el acceso lo relevante es que no se negocia el contenido de una oferta concreta, tan sólo los criterios generales con lo que se elaborarán y aprobarán las diferentes ofertas de empleo público (art. 37.1.l), por tanto, los criterios sobre estructura de la oferta (apuesta por el personal funcionario y/o por el personal laboral, sistema selección predominante, potenciación de la dedicación a tiempo parcial, consolidación del personal temporal, temas relacionados con la promoción interna y con la carrera, etc.) y ejecución de la misma (ofertas parciales, plazos de ejecución, etc.).

- Movilidad funcional y geográfica (art. 37.1.m). Este es, sin duda alguna, uno de los temas más controvertidos desde la reforma del año 1984: los sindicatos vienen reclamando insistentemente un modelo de movilidad transparente y lo más reglado posible, mientras que a los gestores defienden un modelo que les dé el máximo de discrecionalidad. Parece que, una vez más, habremos de esperar a que los legisladores que han de desarrollar el EBEP quieran y se atrevan a abordar este tema, yendo más allá de las actuales regulaciones que a nadie parecen contentar. El EBEP vincula la movilidad a los Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que podrán contener “Medias de movilidad entre las cuales podrán figurar las suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito i la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen” (art. 69.2.c), por tanto, desde la perspectiva del acceso a determinados puestos lo que se podrán negociar son los criterios generales sobre cuando y como incentivar o limitar ese acceso. Asimismo, habrá que distinguir cuando la voluntad es voluntaria (art. 81.1) o forzosa (art. 81.2) y si la movilidad es definitiva o provisional (art. 81.3), pues en cada caso el ámbito de la negociación dependerá del origen de la movilidad (por ejemplo, si se trata de un plan de ordenación de recursos humanos lo que habrá que negociar son los criterios generales, pero si trata de una “necesidad urgente inaplazable” la negociación deberá referirse a los criterios para objetivar esa decisión de cobertura especial y los mecanismos y plazos para su resolución con carácter definitivo).

4. De la (¿ambigua?) teoría a la práctica: el debate en torno composición de los órganos de selección.

Para el mundo local la nueva regulación de la composición de los órganos de selección contiene dos novedades. La primera novedad afecta por igual a todas las Administraciones públicas: en la composición se debe “tender” a la paridad entre mujer y hombre (art. 60.1 EBEP). Mientras que la segunda novedad, en cuyo análisis nos detendremos, debería tener un impacto especial en el mundo local y en algunas Comunidades Autónomas: es la apuesta por potenciar el carácter imparcial, técnico y profesional de estos órganos de selección (art. 60.1 EBEP), con la consiguiente despolitización (art. 60.2 EBEP) y desgremialización (art. 60.3 EBEP) en su composición. Aunque este tema ha sido ya tratado en este seminario de forma rigurosa y profunda por BOLTAINA, cuyo análisis comparto, ante las lógicas resistencias que se están produciendo ante este importante cambio considero necesario intentar ahondar

sobre algunas de sus argumentaciones, ahora avaladas por la interpretación del MAP.¹²

Es evidente que nos encontramos ante un auténtico cambio cultural, pues las nuevas reglas de juego limitan el poder en los procesos de selección tanto de los políticos como de los representantes del personal o de organizaciones representativas de intereses sectoriales (sindicales, corporativos, etc.). Por ello, el trayecto a recorrer para conseguir una plena aplicación de las nuevas reglas discurre por aguas procelosas y especialmente peligrosas, de un lado, para los juristas que deben cumplir con deber de asesorar en su cumplimiento y, de otro, para los gestores que deben ponerlas en práctica pues, siguiendo con la inspirada metáfora griega de SÁNCHEZ MORÓN sobre el viaje de Ulises, temen ser aplastados por los que tienen el poder de cesarlos (Escila) o por los que les pueden hacer muy difícil la gestión a través del conflicto permanente (Caribdis). Para constatar que está melodramática¹³ afirmación es fundada basta leer las bases generales o específicas de la convocatorias, los Pactos, Acuerdos y Convenios firmados después de la entrada en vigor del EBEP; enseguida se comprueba cómo esta nueva norma básica es infringida desde el más descarado cinismo (citando su propio articulado como legitimador de los acuerdos que lo contradicen) hasta un retorcimiento de la norma que, en los tiempos que corren, puede alcanzar la sospechosa categoría de “ingeniería jurídica”. Vayamos por partes.

La primera consecuencia de la aplicación del art. 60.2 del EBEP en el mundo local es que el alcalde deja de ser el presidente nato, puesto ya no pueden formar parte de los mismos “El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual” (art. 60.2 EBEP). En un primera lectura, que a mi entender es la correcta, se ha interpretado que “ningún tribunal u órgano de selección podrá tener en su composición políticos o personas designadas políticamente, interinos o eventuales”. Esto supone romper definitivamente con la tradición en el mundo local por la que el alcalde es el presidente nato de los tribunales como máximo responsable del personal. Sin embargo, se empieza a cuestionar esta interpretación entre algunos de los asistentes a los diferentes seminarios y jornadas sobre el EBEP, porque entienden que la utilización del término “personal” con la que se inicia este apartado 2 supone excluir al alcalde y demás miembros de la Corporación que no tienen la condición jurídica de “personal” a la vista de lo establecido en el art. 8 del EBEP. No me parece un interpretación defendible, a pesar de la inadecuada utilización técnica del término, en tanto en cuanto supone desvirtuar la voluntad del legislador al dejar sin contenido la expresión relativa al “personal de elección”, cuando esta es la expresión que proponía el Informe CEBEP para excluir a los políticos locales y que el EBEP ha recogido literalmente. El MAP ha publicado en su página Web unos "Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local" en los que defiende la siguiente interpretación:

"Debe entenderse por personal de elección política los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, Reglas básicas y programas mínimos

¹² Esta instrucción del MAP para el mundo local viene a paliar parte de los efectos de una ceremonia de confusión que él mismo y otras Administraciones autonómicas y provinciales han creado mediante la publicación de unas instrucciones interpretativas del EBEP, que en algunos casos era reproducción literal del mismo y en otros realizaban interpretaciones contradictorias entre sí.

¹³ Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española una de las acepciones de melodrama es la siguiente: “Obra teatral, cinematográfica o literaria en que se exageran toscamente los aspectos sentimentales y patéticos, y en la que se suele acentuar la división de los personajes en moralmente buenos y malvados, para satisfacer la sensiblería vulgar”.

a que debe ajustarse el procedimientos de selección de Funcionarios de Administración Local.

El personal de designación política no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, ya que esta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal"

En segundo lugar, llama la atención que ante la exclusión de los cargos y puestos representativos y de confianza no se contenga una referencia expresa al personal de las organizaciones sindicales y corporativas en el texto finalmente aprobado del art. 60.3 del EBEP, tal y como había propuesto el Informe CEBEP y como estaba en la redacción originaria del proyecto de Ley que se presentó en el Congreso de los Diputados y que decía así:

“3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses.”

Pero en la tramitación parlamentaria, tras negociar los grupos parlamentarios con los representantes sindicales, se acabó adoptando esta otra redacción, que es la que ha quedado como definitiva:

“3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”

La justificación se basaba en que no era necesario “señalar” expresamente a los representantes sindicales o de personal, pues la nueva fórmula impedía cualquier tipo de “mandato” a la hora de formar parte de los tribunales. Sin embargo, como señala SÁNCHEZ MORÓN¹⁴, para alguien que lea el texto sin conocer los antecedentes este apartado puede quedar vacío de contenido porque los sindicatos han conseguido sustituir la referencia que se hacía a ellos por una remisión a “nadie”; así lo explica:

“Cómo Ulises en la cueva de Polifemo, los sindicatos han logrado sustituir su nombre por el de *Nadie*, también sin duda para escapar de una situación incómoda para sus intereses, con el resultado de cambiar una norma clara por otra ambigua.”

Sin embargo, SÁNCHEZ MORÓN defiende la siguiente postura:

“Ahora bien, el precepto, con la redacción que tiene, necesita una interpretación. Y esta no puede llevar sino a vedar que organizaciones representativas de intereses de cualquier tipo nombren, designen o tengan la facultad de proponer miembros de los órganos de selección, pues si se les otorga ese poder se genera en realidad un vínculo de representación, aunque no formalizado. ”

Esta es la interpretación que también defiende en el MAP en sus citados "Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local" y así lo los explica:

"La pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en la

¹⁴ “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios” capítulo del libro dirigido por el propio Miguel SÁNCHEZ MORÓN *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, editorial Lex Nova, Madrid, 2007 (páginas 407 y 408).

representación o por cuenta de nadie. En consecuencia, no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier otra entidad representativa de intereses.¹⁵

Los funcionarios de carrera que presten sus servicios en otras administraciones públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostentes una representación orgánica o institucional de aquellas."

Pero en la práctica se está desvirtuando esta opción del legislador por unos órganos de selección cuyos miembros sean imparciales y profesionales, lo que, no olvidemos, es la justificación del poder especial que se les concede mediante la técnica de discrecionalidad técnica de que están dotados estos órganos (art. 55.2.c y d EBEP). La burla del EBEP se está produciendo por dos vías. La primera, por la vía de hecho: no hay propuesta formal de los sindicatos o representantes sindicales pero estos le "hacen llegar" al alcalde sus candidatos por los más variados conductos y así se salva la apariencia de legalidad pero se incurre en un manifiesto fraude de ley. Y la segunda vía, mediante la aprobación de nuevas Bases especiales o generales, Acuerdos, Pactos y Convenios, que podemos ejemplificar en las dos siguientes modalidades:

a) Admitir la designación de un miembro del Tribunal a propuesta de la representación del personal. Se comienza afirmando que "Los Tribunales Calificadores de los procesos selectivos para el ingreso de personal se designarán a tenor y de conformidad con lo señalado en el art. 60 de la Ley 7/2007 de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público."¹⁶ Y continuación se procede a la aprobación de una composición ilegal: "Tres vocales, uno de ellos/as lo será a propuesta de los órganos de representación de los/as empleados/as municipales"(o, en su caso, de la correspondiente Junta de Personal de la Diputación)¹⁷. Esta es una interpretación que, sorprendentemente, está avalada por la Instrucción de la Generalitat de Catalunya de 6 de junio de 2007 en relación con su personal laboral, al que, siguiendo a BOLTAINA, entendemos es de plena aplicación el art. 60 EBEP, cuya finalidad principal es hacer real y efectivo los principios de imparcialidad los miembros y de independencia de los órganos de selección del personal funcionario y laboral previstos en el art. 57.2. c) y d) del mismo EBEP.

b) Mantener la presencia de la representación del personal en los órganos de selección

¹⁵ Comparto el criterio de MAURI y BOLTAINA cuando interpretan que en el concepto de "entidades representativas de intereses" no deben incluirse los Institutos o Escuelas de Administración Pública o entidades similares, pues son organizaciones públicas una de cuyas funciones es precisamente proporcionar nombres de especialistas que respondan a los criterios de profesionalidad, imparcialidad e independencia. Así lo explica MAURI: "El criterio de que la pertenencia a los órganos de selección se produzca siempre a título individual sin ostentar representación, ha planteado de una forma indirecta la presencia en los órganos de selección de representaciones de otras administraciones públicas o de escuelas o institutos de administración pública que actúan como órganos técnicos calificados en tareas específicas de selección de personal. A nuestro juicio estas representaciones garantizan una integración plural del órgano de selección y aportan una calificación técnica de difícil sustitución, son por tanto una garantía del principio de profesionalidad y imparcialidad del proceso selectivo que no debería ser cuestionada." *Diccionario de empleo público* dirigido por Federico CASTILLO BLANCO, editorial Lustel, Madrid, 2009. Pero creo que en el mundo local hay un debate pendiente: ¿en qué medida la existencia de esa representación debe armonizarse con el principio de autonomía local?, en otras palabras ¿es decisión de la Entidad Local convocante decidir si acepta o no que en la composición del órgano de selección haya algún miembro propuesto por el correspondiente Instituto o Escuela de Administración Pública de su ámbito autonómico?

¹⁶ Diputación de A Coruña

¹⁷ Diputación de Barcelona

mediante la institucionalizando la figura del observador. Esta es una figura que no cuenta con una regulación legal previa, pero que comienza a extenderse para posibilitar la presencia de los representantes de personal en los órganos de selección con voz y sin voto. Hemos identificado dos modalidades de regulación:

- la primera, como una alternativa obligatoria al hecho de que ninguno de los vocales sea miembro del Comité de Empresa o de la Junta de Personal: “Si ninguno de estos vocales es miembro del Comité de Empresa a título individual por no ajustarse ninguno de sus miembros al principio de profesionalidad contemplado en el artículo 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se designará un miembro del Comité de Empresa para que asista al proceso de selección como observador, con voz y sin voto”¹⁸;

- y la segunda modalidad como una alternativa potestativa: “Además de los miembros que forman parte del Tribunal de selección, en las sesiones en que se establezca podrán asistir, con voz pero sin voto, un observador titular, y un suplente, designados conjuntamente por la Junta de Personal y el Comité de Empresa. Estos observadores tendrán acceso, si lo quieren, a los expedientes de calificación de los aspirantes, y podrán solicitar que sus observaciones consten en las actas de las sesiones correspondientes.”¹⁹ Después de la aprobación del EBEP, tal y como explica MAURI²⁰, entiendo que no existe fundamento alguno para legitimar la presencia de esta figura en los órganos de selección, a pesar de la sugerente interpretación que propone BOLTAINA del art. 61.7 EBEP y que deja abierta la puerta a esta posibilidad con muchas matizaciones.²¹

Pero el rechazo a la posible institucionalización de la figura del observador en el seno

¹⁸ Diputación de Girona

¹⁹ Ayuntamiento de Barcelona

²⁰ “Alternativamente se plantea la posibilidad de que representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos unitarios puedan integrarse en los órganos de selección como asesores, con voz y sin voto, o como observadores sin voz ni voto, pero conservando en cualquier caso el derecho a ser convocados y a asistir a las reuniones del órgano de selección, con la finalidad, se dice, de controlar el proceso selectivo y mejorar las garantías de transparencia y imparcialidad que se afirman del mismo, en lo que no deja de ser un cierto fraude en la intención del legislador que ha querido alejar de los órganos de selección la influencia de aquellas representaciones del personal que pueden influir en la selección de nuestros empleados públicos. Lo cierto es que la figura del observador no existe en nuestro derecho de función pública en lo que hace referencia a la composición de los órganos de selección y la posible utilización de asesores especialistas se limita a la colaboración técnica en materias de su especialidad y no a servir de canal indirecto a través del cual se haga presente el sindicato en el proceso de selección.” Joan MAURI en el *Diccionario de empleo público* dirigido por Federico CASTILLO BLANCO, editorial Lustel, Madrid, 2009.

²¹ BOLTAINA utiliza indistintamente los términos observador o asistente y enmarca su interpretación en la necesidad de dotar de contenido colaboración de las Organizaciones Sindicales en función de lo establecido en los convenios colectivos del personal laboral al amparo de las posibilidades que abre el art. 61.7 EBEP: “Malgrat que l’EBEP no explicita res, entenem que aquests assistents, per la mateixa lògica del procés, han de complir els mateixos requisits que es demani als membres de ple dret del tribunal: si més no, un nivell de titulació igual o superior al que se sol·liciti a aquells membres, i els mateixos criteris de professionalitat i coneixements tècnics, atès que, encara que som davant d’una “col·laboració”, això no obsta perquè hagin de tenir la preparació necessària per garantir l’avaluació del mèrit i la capacitat adequats dels aspirants. També creiem que, per tal de corregir els excessos que s’han detectat, els òrgans de selecció no han de comptar amb la presència de més d’un assistent o observador, ja que en cas contrari, si es dona entrada a un nombre elevat de persones alienes a l’òrgan, es reproduïxen, *de facto*, els vicis que l’EBEP ha pretès corregir: la presència d’un assistent pot justificar-se en nom de la transparència i per exercir una tasca de vigilància i control, però no s’incorre en clientelisme ni manca d’imparcialitat, la qual cosa sí que es pot esdevenir davant una nodrida presència majoritària o força elevada. I sens dubte ens sembla del tot improcedent la institucionalització d’assistents en representació dels partits polítics o regidors, atès que certament llavors es trenca tota la lògica que inspira l’EBEP.”

de los órganos de selección tras la nueva regulación del EBEP no debe ocultar la otra cara importante del debate: ¿cómo debe elegirse a los miembros del órgano de selección? Desde una perspectiva teórica caben las siguientes modalidades, que pueden utilizarse de forma exclusiva o combinada: por decisión directa del poder político (alcalde, presidente de diputación, etc.), con criterios orgánicos (el jefe de personal, el secretario de la Corporación, un representante del departamento que necesita cubrir la vacante, etc.), con criterios de especialidad no corporativa (especialista del sector público y del sector privado), con criterios de representatividad (política, sindical, corporativa, gremial, etc.), mediante sorteo entre personas habilitadas (el caso de la selección del profesorado universitario) o mediante la creación de órganos permanentes especializados e independientes. ¿En cuáles de estas modalidades tiene sentido la figura del observador? El sentido común nos dice que cuando la composición no reúne las suficientes garantías de imparcialidad y profesionalidad. Esto suele suceder cuando existe una decisión directa del poder político y cuando la composición se realiza con criterios de representatividad, pues en ambas modalidades está presente la sombra de la parcialidad y de la influencia para condicionar el resultado final (cada cual tiende a defender sus candidatos). Asimismo, se ha demostrado que esa parcialidad también se acostumbra a dar en la modalidad de sorteo entre personas habilitadas cuando entre estas existe un fuerte componente corporativo, siendo el ejemplo clásico el del profesorado universitario, donde suele combinarse la endogamia para defender al candidato de “casa”²² con las luchas “tribales” entre diferentes “escuelas” o grupos de interés dentro de una determinada disciplina académica, donde las alianzas para el reparto de plazas está por encima de la idoneidad de los candidatos. En nuestras Administraciones locales se suelen combinar el criterio orgánico, con el de especialidad y con el político, pues no olvidemos que el alcalde o presidente de diputación tiene un gran margen de discrecionalidad para designar al presidente del órgano de selección y a los vocales no orgánicos.

Quede simplemente apuntado este debate, que convendría se abordara en el desarrollo legislativo del EBEP tanto por el propio Estado como por las Comunidades Autónomas, especialmente a la hora de decidir si se apuesta de verdad por la que parece la modalidad más acorde con la complejidad e importancia de los procesos de selección: la prevista en el art. 61.4 cuando establece que “Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos y Escuelas de Administración Pública”. Esta puede ser la mejor alternativa para los problemas que en el mundo local plantean los procesos de selección, pero respetando el principio de autonomía local, de tal manera que sea una opción voluntaria a la que se puedan acoger ayuntamientos y para los que se convertiría en un verdadero servicio a prestar por las administraciones públicas supramunicipales.²³

²² Tradicionalmente a dos miembros del Tribunal los proponía la propia Universidad convocante, con lo que bastaba con conseguir el apoyo de un miembro foráneo para tener la mayoría necesaria para su candidato, por eso coloquialmente se hablaba de la plaza de “José Ramírez”, que era el que más posibilidades tenía de “ligar un trío en el Tribunal. pues se asumía que debía ser el ganador de la convocatoria porque “ya le toca”.

²³ Esta es una idea que en Catalunya se había formulado en el año 2005 en el *Llibre Blanc de la Funció Pública Catalana* al recomendarse la creación de una Oficina Pública de Selecció como un “organisme especialitzat i professional que, per compte i en representació de les administracions catalanes, dugui a terme tots els procediments que s’inicien amb la publicació conjunta de les diferents ofertes públiques d’ocupació i finalitzen després d’haver gestionat de forma integrada els procediments de reclutament i d’accés a la funció pública” (Recomanació nº 55, p. 223).