

LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TRES AÑOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 7/2007 EBEP: REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS REPRESENTATIVAS EN SU APLICACIÓN.

Jorge Fondevila Antolín
Cap de l'Assessoria jurídica
Conselleria de Presidència i Justícia
Govern de Cantabria

A) El ámbito de aplicación del EBEP y en especial, sus peculiaridades con relación a la selección de los empleados públicos..... 3

1.- Consideraciones Generales sobre el Ámbito de Aplicación.	3
2.- Examen de las especialidades locales, con relación a los entes instrumentales.	4
3.- La aplicación limitada del EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera).	5
4.- Breve reflexión sobre las consecuencias jurídico materiales de la aplicación parcial a todos los entes instrumentales reconocidos por la Disposición Adicional primera del EBEP.	6
A) Principios Constitucionales: Igualdad, Mérito y Capacidad.	7
B) Principios de carácter legal (EBEP) o de naturaleza procedimental.	8
5.- Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.	10

B) LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS 13

1.- Caracteres Generales de los órganos de selección (artículo 60.1 del EBEP).	13
2.- La composición de los órganos de selección:.....	16
A) Análisis de la cuestión de la exclusión del personal de elección y designación política (Artículo 60.2 del EBEP).	16
1º) Exposición de la valoración de la Doctrina Administrativa.....	16
2º) Estudio y Evaluación de la su aplicación.	19
3.-La exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás personal de representación (artículo 60.3 del EBEP).	22
I.- Introducción: La Génesis de la propuesta de Exclusión y examen de la "ratio legis" del precepto aprobado.....	22
II.- Examen de los fundamentos jurídicos que amparan la interpretación defensora de la exclusión al amparo del artículo 60.3 EBEP.	24
A) El acceso al empleo público como derecho de los ciudadanos.	25
B) La aplicación de los Principios de Imparcialidad, Profesionalidad e Independencia en la composición de los órganos de selección (art. 55.2 EBEP).	25
C) Examen del Derecho de libertad sindical: ¿Hay colisión entre este derecho y la decisión legal de exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás órganos de representación de los órganos de selección ?.....	26
III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.-	28
a) Posiciones Doctrinales:	28
b) Interpretación por parte del Consejo de Estado.....	29
c) Examen de la Jurisprudencia.	29
d) Especial referencia a al cuestión de la participación sindical en los procesos selectivos en el ámbito de las relaciones jurídico laborales, en concreto, el artículo 61.7 del EBEP.	32
e) La cuestión de los Representantes de las Comunidades Autónomas:.....	35
f) Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.	36
IV. Acotaciones a los datos expuestos sobre la aplicación práctica de la composición de los órganos de selección.....	40
I.- Ámbito de la negociación colectiva (Convenios Colectivos, Acuerdos y Pactos).	40

II.- Convocatorias de procesos selectivos ordinarios y extraordinarios al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria 4ª del EBEP.....	41
III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.....	48

CONSIDERACIONES FINALES 50

Nos encontramos ante unos de los pocos temas regulados por el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que ha entrado en vigor, y por ello, resultan de inmediata y directa aplicación en todas las administraciones públicas, a lo que debemos añadir que un amplio contenido de sus previsiones tampoco necesitaba un desarrollo normativo posterior para su puesta en marcha¹. Por ello, entendemos que resulta adecuado e interesante efectuar un repaso a las experiencias desarrolladas a lo largo de estos tres años desde la entrada en vigor del EBEP, y comprobar si las novedosas previsiones del mismo realmente han sido objeto de aplicación, o bien, se han producido disfunciones o incumplimientos al respecto.

A la vista del objeto de nuestro trabajo y las limitaciones de espacio y tiempo que supone siempre el ámbito de una jornada, hemos estimado la necesidad de que nuestra intervención se centre en aquellas cuestiones que por su importancia y la ausencia de necesidad de desarrollo normativo resultaban a nuestro juicio más interesantes.

Así, estas serían, en primer lugar, la ampliación parcial del ámbito de aplicación del EBEP, a unas determinadas entidades del sector público, que hasta hace poco tiempo vivían en el limbo legal a este respecto, en concreto nos referimos a las sociedades y fundaciones públicas locales, lo que suponía un auténtico reto, pues era un intento de establecer un control sobre uno de los problemas del sector público, desgraciadamente ya clásicos, su instrumentalización con el objeto de alcanzar la denominada de forma pacífica por la doctrina administrativa como “huida del derecho administrativo”.

En segundo lugar, nos encontramos ante el intento más serio que se ha producido desde la aprobación de nuestra Constitución de 1978, para poner en marcha un instrumento que permita realmente dar cumplimiento a las exigencias constitucionales del artículo 103.3, y que tampoco debería necesitar de desarrollo normativo, nos estamos refiriendo al intento de profesionalización de la composición de los órganos de selección para el conjunto de los empleados públicos, lo que ha originado una regulación que obliga a la exclusión de múltiples colectivos que hasta ahora ejercían un ferreo control en el funcionamiento de los mismos.

Por último, entendemos necesario efectuar un repaso a la puesta en marcha de los procedimientos singulares de consolidación del empleo público temporal (Disposición Transitoria 4ª EBEP), habilitación legal de dudosa constitucionalidad, y que de forma directa también resulta afectada por el resto de los puntos anteriormente señalados.

Por supuesto, que no consideramos estas tres cuestiones como exclusivas o excluyentes, al contrario estimamos que la cuestión de la selección de los empleados resulta muy compleja y entrelazada, de forma que la podríamos definir como un calidoscopio, es decir, su examen presenta múltiples posibilidades y alternativas, pero como indicábamos al principio las limitaciones, nos recomendamos centrarnos en aquellas cuestiones que a la vista de las experiencias recopiladas han resultado más conflictivas.

¹ En este sentido también se ha manifestado CASTILLO BLANCO, F. (2009), “Informe sobre el Empleo Público Local”, coautor JIMENEZ ASENSIO, R., Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pág. 68., y FONDEVILA ANTOLIN, J.(2008) “La Selección y Pérdida de la condición de empleado público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local-, Atelier – Barcelona.

A) El ámbito de aplicación del EBEP y en especial, sus peculiaridades con relación a la selección de los empleados públicos.

1.- Consideraciones Generales sobre el Ámbito de Aplicación.

Puede resultar extraño que hayamos elegido esta cuestión como una de las que merecen un especial examen tras la entrada en vigor del EBEP, pues no parece existir ningún debate doctrinal destacado sobre su alcance jurídico material, pero queremos llamar la atención sobre la importancia que tienen sus previsiones sobre la cuestión de la selección de los empleados públicos, en especial, el establecimiento de la obligatoriedad de la aplicación de ciertos contenidos del EBEP a las contrataciones efectuadas por aquellas entidades instrumentales que forman parte del Sector Público, pero no sometidas al régimen jurídico público general de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, uno de los graves problemas como hemos indicado en la exposición inicial de este trabajo, ha sido el reclutamiento masivo de personal al servicio de entes instrumentales, empresas y fundaciones públicas sin respeto alguno a los principios legales de la selección, ahora recogidos sistemáticamente en el artículo 55 del EBEP, lo que ha originado la incorporación de personal bajo los únicos criterios del clientelismo y oportunismo, y que han tenido un crecimiento exponencial en la última década², afortunadamente parece que nuestros tribunales³ están adoptando alguna

² Así, nos remitimos al estudio elaborado por CUADRADO ROURA, J.R. (Catedrático de la Universidad de Alcalá), y publicado en la Revista Expansión, de fecha 24 de junio de 2008, que señala que en el año 1998 las Comunidades Autónomas habían creado 462 empresas y entidades públicas, que a finales del año 2007 alcanzaban la cifra de 799. Ahora bien, lo más llamativo se refiere a las Administraciones Locales puesto que el número de entidades se ha multiplicado por más de tres veces en menos de una década, en concreto, en el año 1998 existían 467 empresas y entidades públicas, que en el año 2006 ascendían a la cifra de 1425.

En el caso de las Comunidades Autónomas, destaca que Andalucía cuenta con 92 empresas y entidades públicas, seguida por Euskadi (89) y Catalunya (88), a lo que debemos añadir otras comunidades como Comunidad Valenciana (60), Aragón (47) y Asturias (41).

Por último, en cuanto a las corporaciones locales, Andalucía cuenta con (400) empresas y entidades públicas, Catalunya (333), Euskadi (168), Canarias (100) y Comunidad de Madrid (68), destacando que la mayoría de las capitales de provincia han creado empresas, entidades y fundaciones públicas, destacando Barcelona (26), Bilbao y Madrid (12) y Málaga con 10, y finalmente existían más de 60 municipios que no son capitales de provincia que han creado 3 o más entidades públicas, destacando por su importancia: Estepona, Jerez, Marbella, Reus y Tarrasa.

³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 2009 (rec.773/2007), que señala especialmente: “*Resta por examinar si la doctrina sentada por esta Sala, a partir de la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/97, referente a los efectos de la contratación irregular por parte de las Administraciones Públicas, ha de ser interpretada dando un sentido estricto al término “Administración pública” o cabe una interpretación que tenga en cuenta primordialmente su finalidad. A este respecto resulta revelador el razonamiento contenido en la sentencia de Sala General de 20 de enero de 1998, recurso 317/97: “...Hay que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984, que establece que las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquélla en sentido amplio – como empleo público – y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución). Estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.*”

Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el

decisión que anticipando las exigencias del EBEP, han reclamado la obligación de que el reclutamiento de personal al servicio de las empresas públicas deberá respetar necesariamente los “*criterios de selección de la función pública*”, y por ello, declaran que las contrataciones irregulares deberán ser calificadas como de “*carácter indefinido no fijo de plantilla*”, con idénticas consecuencias que las aplicadas al resto de las administraciones públicas, sinceramente esperamos que esta línea jurisprudencial se mantenga con firmeza. Ahora bien, precisamente por lo expuesto, entendemos que resulta preciso examinar las exigencias legales del ámbito de aplicación en esa área, y también comprobar posteriormente si se han tomado realmente medidas por los rectores de estas entidades y de los agentes sociales para evitar un fraude que ha resultado impune en gran medida hasta este momento.

De forma preeliminar debemos hacer una breve referencia al ámbito de aplicación del EBEP, en concreto, las previsiones del artículo 2º, que se constituyen en su régimen general, así, señala la exposición de motivos de la Ley que la finalidad de la misma es conseguir que su aplicación se proyecte sobre el conjunto de las Administraciones Públicas y de sus empleados públicos (funcionarios y laborales), es decir, la totalidad del sector público, ahora bien, como ha destacado algún sector de la doctrina⁴, realmente estamos en presencia de una realidad que no se corresponde a las declaraciones formales, ya que el propio artículo 2º incorpora exclusiones parciales, así como en otros preceptos del EBEP se incorporan regímenes especiales, con lo cual se vacía de contenido ese intento formal de aplicación generalizada.

De forma complementaria a lo ya señalado, se puede afirmar que el EBEP, resulta de aplicación sin excepciones a las Administraciones Territoriales (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, así como las Administraciones de las Entidades Locales), a lo que debemos añadir un determinado grupo de entes con personalidad jurídico pública vinculados o dependientes de cualquiera de estas administraciones públicas, como son los casos de los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias y fundaciones públicas sanitarias, y de forma limitada a las entidades adscritas al sector público.

2.- Examen de las especialidades locales, con relación a los entes instrumentales⁵.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, queremos examinar ahora, especialmente, la cuestión de los entes vinculados o dependientes de la administración local, que tienen su marco jurídico fundamental en las previsiones del artículo 85. 2 A) apartados b y c, de la Ley 7/1985 LRBRL que regula la configuración de las figuras de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, si bien, recordemos que con relación al personal a su servicio, la propia legislación local, por medio del artículo 85 bis de la LRBRL realiza una remisión expresa, a las previsiones de los artículos 47 y 55 de la Ley 6/1997 LOFAGE, las notas más características de esta remisión ya las hemos señalado anteriormente. De todas formas este marco legal de reenvío debe ser examinado al amparo de las previsiones del artículo 85 bis 1. LRBRL, que establece la aplicación del marco normativo de la LOFAGE, pero “*en cuánto les resultase de aplicación*” y “*con las*

carácter de indefinida, aplicándosele la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/1998 y todas las que han seguido.”

⁴CANTERO MARTINEZ, J. (2008), AA.VV, en obra coordinada por ORTEGA ALVAREZ, L., “Estatuto Básico del Empleado Público”, LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 54 y ss.

⁵ Para un adecuado examen de las características tanto de los organismos autónomos como de los entes públicos empresariales en el ámbito local, nos remitimos a NOGUEIRA LÓPEZ, A.(2005), AA.VV “La Modernización del Gobierno Local (Estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local)”, Atelier, Barcelona, págs. 181 y ss., además en obra coordinada por BALLESTEROS FERNANDEZ, A., de VV.AA. (2004), “Modernización del Gobierno Local (Comentarios a la Ley 57/2003)”, LA LEY - El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 139 y ss, y además 163 y ss., también DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2004), “La Gestión de Servicios Públicos Locales”, Revista de Administración Pública (RAP) nº 165, págs. 105 y ss., asimismo, MONTOYA MARTIN, E. (2006), “Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local”, Iustel, Madrid, y por último, PARRA MUÑOZ, J.F., (2006), “El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, págs. 138 y ss.

siguientes especialidades”, esta conformación legal ha llevado a algún sector de la doctrina administrativa⁶, a considerar que no existe una remisión incondicional a la legislación estatal, sino que estamos realmente ante un *“derecho propio y específico de tales entidades, en el que son los órganos locales, y no los estatales, quienes tendrán atribuida la competencia de que se trate”*, esto supone, a nuestro juicio, que no pueda reclamarse la aplicación al ámbito local de la facultad legislativa que permite introducir especialidades en el ámbito estatal para los organismos autónomos, en materia de personal, en concreto, nos referimos a las previsiones del artículo 47.3 LOFAGE, y ello, por cuánto, las entidades locales carecen de competencia normativa para la regulación del régimen jurídico de los empleados públicos, y más aun, cuándo estamos en presencia de materias sobre las que existe una reserva material de Ley (103.3 C.E.), por lo tanto, las únicas peculiaridades admisibles son las determinadas por los apartados e) y f) del artículo 85 bis 1. LRBRL, en concreto, determinación y modificación de condiciones retributivas y sometimiento a control específico sobre la evolución de gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, así, a nuestro juicio, no existe duda de la obligación de la aplicación íntegra del EBEP a esta clase de entes.

Por otro lado, la anterior conclusión también es predicable a los entes público empresariales locales, si bien, estos van a resultar afectados por la directa aplicación del EBEP, especialmente en dos cuestiones la obligación de adaptar su organización a las exigencias del artículo 9.2 del EBEP (reserva de funciones para el personal funcionario), y por otro lado, la aplicación directa del EBEP a su personal laboral.

Finalmente, debemos añadir la figura de los Consorcios⁷, reconocida por los artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985 LRBRL, y concebida como una figura que exige la presencia obligatoria de, al menos, una corporación local, se puede afirmar que tiene carácter voluntario, esta dotado de personalidad jurídica y puede utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios, tanto sin son directas como indirectas (artículos 37 y 40 RSCL y 110 del RDL 781/1986 TRRL). Esta posibilidad de adoptar cualquiera de los modos de gestión de actividades de interés local previstas en el RSCL pone de manifiesto que el consorcio es algo distinto de las precisas formas de gestión, es decir, es algo previo a la asunción de una modalidad concreta.

La doctrina administrativa es unánime al considerar que estamos en presencia de una entidad de Derecho Público, y ello, por cuánto la misma tiene otorgada una potestad organizatoria, asimismo, no existe remisión legal alguna al ordenamiento jurídico-privado, y finalmente recordemos que deberá ser la legislación autonómica la que precise el elenco de potestades públicas atribuidas a los consorcios (artículo 4.2 LRBRL).

Así, de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir, a nuestro juicio, que en materia de selección de empleados públicos, resultan de directa e íntegra aplicación a los entes de las corporaciones locales las previsiones del EBEP.

3.- La aplicación limitada del EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera).

En concordancia con lo indicado anteriormente, y a *“sensu contrario”*, podemos afirmar que quedan fuera de este ámbito de aplicación las sociedades mercantiles, las fundaciones y demás entidades que componen el *“sector público”*, estando así definidas por su normativa específica, si bien, al amparo de la Disposición Adicional 1ª del EBEP, a estas se les aplicaran solo algunos preceptos concretos del EBEP, de los que destacamos por su relación con nuestro trabajo, en concreto, los artículos 55 y 59, que afectan al ámbito de la selección de personal.

⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2004), pág. 104.

⁷ Para un mayor detalle sobre la figura del Consorcio, nos remitimos al examen de: MARTIN MATEO, R. (1987), “Entes Locales Complejos”, Trivium, Madrid, págs. 11 a 37 y 107 a 145; también RIVERO YSERN, J.L. (1997) “Manual de Derecho Local”, Civitas – Madrid, págs. 357 y ss., y asimismo, SOSA WAGNER, F. (1997) “La gestión de los servicios Públicos Locales”, Civitas – Madrid, págs. 213 y ss.

En nuestra Administración Local es preciso remitirse inicialmente a su marco normativo específico, en concreto, a las previsiones de los artículos 85.1 y 85 ter de la Ley 7/1985 LRBRL, que recogen la figura de las *sociedades públicas locales*, su inclusión dentro del “sector público”, es un concepto pacífico en nuestra doctrina administrativa⁸, de forma que estas se encuentran sometidas a la aplicación parcial del EBEP, prevista por la Disposición Adicional primera del citado Estatuto.

Por otro lado, tenemos el tema de las *Fundaciones Públicas Locales*, que no debe ser confundido con la antigua figura de las “fundaciones de servicio”, sustituidas por la vigente figura de los organismos autónomos, así, la primera cuestión a examinar es si existe algún inconveniente para que las administraciones locales constituyan esta clase de entes, si bien, existe un amplio debate jurídico al respecto un amplio sector doctrinal se ha pronunciado a favor de su existencia⁹, y ello, al amparo de las previsiones del artículo 8.1 de la Ley 50/2002 de Fundaciones, que habilita a las administraciones públicas, incluidas por ello, las administraciones locales, para la constitución de esta clase de entidades, a lo que debemos añadir la realidad de los hechos, por cuánto son múltiples los ejemplos existentes actualmente.

Así pues, cumplidos los requisitos legales previstos por el EBEP, a nuestro juicio, también las fundaciones constituidas y controladas por las Entidades Locales se encontrarían sometidas a la aplicación parcial del Estatuto¹⁰.

4.- Breve reflexión sobre las consecuencias jurídico materiales de la aplicación parcial a todos los entes instrumentales reconocidos por la Disposición Adicional primera del EBEP.

Delimitado el ámbito subjetivo de aplicación del EBEP, con relación a su disposición adicional primera, procede realizar unas reflexiones sobre las consecuencias que se pueden derivar en los futuros procesos selectivos como consecuencia de la aplicación obligada de las previsiones de los artículos 55 y 59 del EBEP.

En primer lugar, destaca que resulta de aplicación a estos procesos, conforme determina el artículo 55.1 del EBEP, la configuración del acceso a ese empleo, como un “*derecho de los ciudadanos*”, pero que su introducción en la selección de personal en esta clase de entes instrumentales, puede abrir un amplio abanico de posibilidades de reacción en defensa de este derecho subjetivo de los ciudadanos, en concreto, nos referimos, entre otros, al derecho a reclamar la aplicación de los mecanismos de garantía constitucional provenientes de las previsiones del artículo 23.2 de la C.E., es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado de manera general que su ámbito de aplicación queda restringido al personal funcionario¹¹, pero no se puede obviar que inicialmente el Alto Tribunal en su Sentencia 56/1980, de 24 de marzo y el Auto 858/1988, que 4 de Julio admitía la extensión del citado artículo a todo el personal al servicio de la administración pública, incluyendo expresamente al personal laboral. Ahora bien, a nuestro juicio, esta no es una cuestión que debe considerarse definitivamente

⁸ SOSA WAGNER, F., (2008) “La Gestión de los Servicios Públicos Locales”, Civitas, Madrid, págs. 122 y ss., en el mismo sentido por el mismo autor “Manual de Derecho Local”,(2002), Aranzadi, Pamplona , págs. 229 y ss., y por último, DEL GUAYO CASTIELLA (2004), págs. 109 y ss.

⁹ SOSA WAGNER, F.(2008), págs. 94 y ss., también DEL GUAYO CASTIELLA, I., págs. 105 y ss., asimismo, MALARET GARCIA, E. y MARSAL FERRET, M. (2005) “Las Fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción – la singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, págs. 109 y ss. y por último, DEL CASTILLO VAZQUEZ, I.C., (2005), “Administración Pública y Fundación Privada – Las complejas relaciones de las administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional”, Revista de Administración Pública (RAP) nº 167, pág. 341.

¹⁰ En este sentido ya nos manifestamos en un trabajo anterior FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008) “La Selección y Pérdida de la condición de empleado público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local-, Atelier – Barcelona, pág. 72 y ss., y en el mismo sentido MALARET GARCIA, E. y MARSAL FERRET, M. (2005), pág. 97 y ss.

¹¹ La primera manifestación en este sentido se produjo por medio de los Autos del Tribunal Constitucional 880/1985, de 11 de diciembre y el 154/1987, de 11 de febrero.

cerrada, pues como indicábamos en un anterior trabajo¹², existen argumentos suficientes para reclamar la ampliación del ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la C.E. a toda clase de empleados públicos.

Alcanzado este punto, consideramos necesario examinar con un mínimo detalle los principios establecidos por el artículo 55 del Estatuto Básico, ya que nos van a servir de parámetro interpretativo y delimitador de las líneas que no se puede ni debe sobrepasar, y más si tenemos en cuenta, que uno de los graves problemas de la selección, como manifestó la Comisión de Expertos, ha sido el poco respeto a los procedimientos de selección, diseñando méritos y requisitos con fines absolutamente espurios, que son directo reflejo del fenómeno del clientelismo social y político que ha invadido nuestro empleo público¹³, con las nefastas consecuencias que ya relato detalladamente la Comisión de Expertos en su informe.

A) Principios Constitucionales: Igualdad, Mérito y Capacidad.

Como ha señalado Lorenzo de Membiela¹⁴, el principio de igualdad en el ámbito de la función pública, se encuentra recogido por los artículos 14 y 23.2 de la CE. que amparan el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los empleos públicos, con los requisitos que establezcan las leyes. Ahora bien, no fue pacífica hasta las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 10/1983 y 67/1989 en especial) la reclamación del artículo 23.2 de la C.E. como precepto específico sobre la función pública, de forma que a partir de ese momento se considero que la exigencia del principio de igualdad en acceso a los cargos y funciones públicas era una manifestación más del derecho a la igualdad jurídica consagrado, en términos generales, en el artículo 14 de la C.E., pero que gozaba, como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional de sustantividad propia.

Alcanzado este punto, podemos destacar algunos hitos de la Jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional al respecto:

a) El principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas no significa que todos los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a participar en las oportunas pruebas de selección. Por ello, es ajustada a nuestro orden constitucional establecer requisitos, siempre de carácter objetivo, para la participación en las pruebas de acceso.

Así, las **SsTC 75/1983, 50/1986 y ATC 162/1986** coinciden todas ellas en que no puede admitirse que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo u oficio, porque para eso es imprescindible estar en posesión de una serie de requisitos como una titulación específica o conocimientos especializados, edad, nacionalidad, etc. que no todo ciudadano puede poseer, y ello, por aplicación sistemática y concurrente de las previsiones del artículo art. 103.3 de la propia Constitución, regulador, del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

b) El artículo 23.2 de la C.E. otorga al legislador ordinario un amplio margen para la regulación de los procedimientos de acceso a la función pública, y ello, por la remisión que el propio texto constitucional realiza a *“con los requisitos que señalan las Leyes”*, ahora bien, el Tribunal Constitucional también ha declarado en sus **SsTC 75/1983, 50/1986, 148/1986 192 y 193/1987, 75/1988 y 67/1989** que existen unos límites, en concreto, la imposibilidad de establecer referencias individualizadas y concretas que puedan crear desigualdades arbitrarias, lo que resultaría incompatible con los principios de mérito y capacidad.

¹²FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000) “Constitución y Empleo Público”, Comares - Granada págs. 217 y ss., y en especial del mismo autor “Selección y Pérdida de la condición de Empleado Público” (2008), págs. 105 y ss.

¹³ PUERTA SEGUIDO, F., (2003), págs. 341 y ss.

¹⁴ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., (2005), “El Acceso y la Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”, Aranzadi- Pamplona, págs. 54 y ss., y en mismo sentido el muy interesante trabajo igualmente PUERTA SEGUIDO, F., (2003), págs. 47 y ss.

c) Por último, el Tribunal Constitucional señala en sus **SsTC 67/1989, 27/1991, 151/1992 y 302/1993**, que los requisitos exigidos en las concretas pruebas deben establecerse de modo abstracto, excluyendo referencias individualizadas y concretas, y deben tener una fundamentación objetiva, de manera que no sean discriminatorios mediante una referencia, explícita o encubierta, “*ad personam*”.

Las previsiones recogidas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, con relación al acceso a las funciones públicas tienen una directa conexión con los principios de mérito y capacidad, en este sentido se ha manifestado la Sentencia **del Tribunal Constitucional 67/1989**, que señala lo siguiente:

“El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso de las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución”.

Tras las consideraciones formuladas anteriormente, a nuestro juicio, los principios de mérito y capacidad se configuran en su naturaleza como el “*instrumento*” necesario e imprescindible para poder dar un adecuado cumplimiento al principio de igualdad en el acceso al empleo público.¹⁵

B) Principios de carácter legal (EBEP) o de naturaleza procedimental.

Nos referimos en este apartado a los principios recogidos en el párrafo 2º del artículo 55 que, como se puede apreciar, se centran más en las garantías de los sistemas selectivos y en la composición y actuación de los órganos de selección. Nosotros consideramos acertada esa diferenciación, por cuanto estos se configuran como instrumentos necesarios para poder garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y respeto a los principios de mérito y capacidad.

Fue la Comisión de expertos¹⁶ en su informe la que propuso la incorporación de este listado de principios, que recodemos resultan de directa aplicación a la totalidad de las relaciones de empleo público, es decir, tanto funcionariales como laborales, y desde el ámbito subjetivo su aplicación es muy amplia, pues alcanza a la totalidad de las administraciones públicas, y además a las entidades y organismos previstos en el artículo 2º y Disposición Adicional Primera del EBEP, siendo su finalidad o naturaleza, a nuestro juicio, de carácter procedimental, es decir, los mismos inciden fundamentalmente en el desarrollo de los procesos selectivos y sus garantías, así como en el funcionamiento de los órganos encargados de la misma. Es cierto, que salvo algunos concretos contenidos realmente novedosos, la mayoría de los principios ya se encontraban recogidos en nuestro ordenamiento, ahora bien, lo destacable del precepto es su sistematización que debería impedir los desmanes que han ocurrido en el reclutamiento, que no selección, de personal al servicio de las administraciones públicas, así, procedemos a su concreto examen:

a) Principio de Publicidad de las convocatorias y de sus bases, lo que supone que debe existir una difusión efectiva de las convocatorias por los medios de publicidad legalmente establecidos, de forma que permita su conocimiento por la totalidad de los ciudadanos interesados, ahora bien, en el caso de los entes instrumentales a los que nos estamos refiriendo surge el debate sobre si sería adecuado sustituir los tradicionales mecanismos de publicidad administrativa, es decir, fundamentalmente el correspondiente Boletín Oficial, por otros medios, a nuestro juicio, la solución a esta cuestión no es sencilla, ya que, precisamente la finalidad de la exigencia del EBEP es evitar la perniciosa práctica de que no proceda a efectuar ninguna clase de anuncio o bien, evitar las convocatorias que podrían llamarse como “secretas”, es decir, al final solo las conocen los interesados previamente avisados por los gestores convocantes.

¹⁵ Para un examen más detallado sobre la distinción de los contenidos de los principios de mérito y capacidad y el alcance material de los mismos, nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 111 y ss.

¹⁶ “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 85 y 86, elaborado por encargo del MAP.

Así, podemos constatar que existe una queja sobre la lentitud en la tramitación de los anuncios de convocatoria efectuados por medio de los Boletines oficiales, lo que supone, a juicio de algunos gestores, que se produzca el problema de ralentizar la necesaria agilidad que necesitan estos entes para su funcionamiento, dado que no pueden asumir los excesivos plazos de los procedimientos selectivos en las AAPP, si bien, esta crítica podía ser admisible con los anteriores procedimientos, en estos momentos nos encontramos que la práctica totalidad de los Boletines son electrónicos, lo que ha supuesto una reducción sustancial de los plazos, de forma que la crítica a la demora parece perder argumentos.

Ahora bien, una alternativa sería el uso de medios que garanticen un conocimiento amplio y sin restricciones al conjunto de los ciudadanos, por ello, a nuestro juicio, resultaría recomendable que las convocatorias deberían ser publicitadas por varios medios a la vez, como podrían ser páginas web, periódicos de mayor tirada (durante varios días y en lugares destacados), Boletines informativos locales, comarcales, etc. y por supuesto con un amplio plazo para la presentación de solicitudes, si bien, la Jurisprudencia¹⁷ más reciente ha reconocido incluso para las entidades públicas empresariales, lo que a nuestro juicio, resulta cuándo menos discutible, como suficiente la publicación en la correspondiente web de la entidad. Desde luego la utilización de los Servicios de Empleo entendemos que no cumplen las exigencias legales, dado que recordemos que los mismos solo seleccionan entre desempleados o solicitantes de mejora de empleo, y las ofertas de empleo público deben ser dirigidas al conjunto de los ciudadanos con independencia de la situación laboral en la que se encuentren.

Finalmente, a nuestro juicio, el procedimiento que verdaderamente garantizaría una publicidad adecuada sería la inclusión de las necesidades de personal de estos entes en las correspondientes ofertas de empleo de las Administraciones públicas de las cuales dependieran, previsión esta que la actual redacción del artículo 70 del EBEP no impide, lo que permitiría la utilización de los medios alternativos de publicidad anteriormente señalados, dado que existiría un previo aviso a todos los ciudadanos interesados de que a lo largo de un concreto periodo de tiempo se va a proceder a las correspondientes convocatorias.

b) Principio de Transparencia, entendemos que el mismo debe ser referido al ámbito de la gestión del procedimiento de selección y al del funcionamiento de los unidades de los entes encargadas de la misma.

Para un correcto acotamiento del mismo debemos tener en cuenta que nos encontramos ante uno de los característicos principios de los denominados “Códigos de Conducta y Ética Pública”, y que tiene también su reflejo en el propio EBEP (artículos 52 y ss.), así, siguiendo a Rodríguez Arana¹⁸ e igualmente a García Mexía podemos considerar que este principio supone la obligación de revelar toda la información que pueda ser requerida a los Tribunales de selección o cualquier otro órgano interviniente en el procedimiento a requerimiento de los ciudadanos interesados, incluidos los actos de trámite ya afecten directa o indirectamente al proceso, y ello, sin perjuicio del carácter reservado de sus deliberaciones.

c) Principio de Imparcialidad y Profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, el concepto de la imparcialidad no es nuevo en nuestro sistema de selección, de forma que ha tenido manifiestas concreciones en el hasta ahora vigente marco legal, el cual debe servir de referencia a la hora de aplicarlo al ámbito de estos procesos, en concreto las causas de abstención y recusación.

En cuanto, a la profesionalidad esta debe ser entendida como la obligación de que “*todos*” los miembros, sin excepción, estén en posesión de los conocimientos necesarios tanto en las

¹⁷ En concreto, nos referimos a las Ss. de la Audiencia Nacional, (Sala de lo Social), de fecha 3 diciembre de 2009 (LA LEY 239980/2009) y 15 de diciembre de 2009 (LA LEY 254270/2009), que se refieren a las entidades públicas empresariales RENFE y ADIF.

¹⁸ RODRIGUEZ ARANA, J., (1993), “Principios de Ética Pública ¿corrupción o servicio?”, Montecorvo- Madrid, pág. 47 y ss. y también GARCIA MEXIA, P.(2001), “*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*”, Aranzadi – Pamplona.

materias sobre las que versa el proceso selectivo, es decir, nos estamos refiriendo al denominado por la doctrina y jurisprudencia¹⁹ “principio de especialización”, como en las técnicas de selección de recursos humanos.

d) Principio de Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, en cuanto al primero de ellos, supone realmente una de las novedades más destacadas del Estatuto y que ha tenido su reflejo en las previsiones de los artículo 60. 2 y 3 EBEP. Lógicamente deberá procederse a una aplicación analógica de estas previsiones legales a los procesos selectivos que se convoquen por estos entes.

El reconocimiento de la “*discrecionalidad técnica*”, como principio legal supone simplemente reconocer en vía legislativa una figura que desde hace largos años nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa han venido admitiendo pacíficamente, de todas formas inicialmente podemos señalar que esta se caracteriza por suponer una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación dentro del proceso selectivo.

e) Principio de Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; esta previsión supone el reconocimiento de la exigibilidad legal del contenido de las pruebas a la realidad funcional del puesto de trabajo convocado, es decir, no resulta admisible la convocatoria de un proceso para un determinado ente donde el contenido de las pruebas estén condicionadas al perfil “previamente” estudiado de un candidato, sino que deberán responder a las auténticas necesidades de los entes convocantes, y asimismo, que estas tengan un rigor de contenidos mínimo que permita garantizar que se esta seleccionando a los mejores, es decir, con los que ostenten mayor mérito y capacidad.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección, entendemos que estas previsiones tienen una clara finalidad, que no es otra que dar cumplimiento a las exigencias constitucionales, en el orden axiológico, al que nos hemos referido anteriormente y, en concreto, nos referimos al principio de “*eficacia*” (103.1 C.E.), que no de eficiencia, conceptos diferentes como ya hemos destacado en otros trabajos²⁰, pues el objetivo es conseguir que los empleados públicos seleccionados sean los más idóneos para poder considerar a estos como “*profesionales*”, y por ello, garantizar que su actividad se realizara necesariamente con pleno respeto al principio de objetividad.

Por ello, la clave del precepto es el estricto cumplimiento de las garantías de los “*procedimientos*” de selección, referidas al desarrollo de los mismos con pleno respeto a los principios ya señalados (Publicidad, transparencia, imparcialidad, independencia, y en especial la igualdad, mérito y capacidad), pues si confundimos la eficacia con eficiencia puede abrirse una vía muy problemática de vaciamiento de las garantías.

Por ello, la exigencia de agilidad en los procesos debe ser entendida como la búsqueda de instrumentos técnicos de selección que permitan conseguir una mayor seguridad de que la decisión de selección de un determinado candidato es la más idónea, pero sin que estos supongan incorporar elementos que retrasen los procesos, de forma que los conviertan por el paso del tiempo o su costo irrazonable en ineficaces.

5.- Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.

Hemos intentado realizar una breve aproximación a la realidad de las sociedades y fundaciones públicas autonómicas y locales, lógicamente los datos que vamos a exponer son una mínima

¹⁹ ALEGRE AVILA, J.M., (1992): “Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección”, *Revista Vasca de Administración Pública* 34, págs. 9 y ss., y también destacar la reciente Sentencia del TS de 5 de marzo de 2007, referida específicamente al ámbito local, pero cuyas conclusiones pueden ser aplicadas con carácter general.

²⁰ FONDEVILA ANTOLIN, J., (2000), págs. 101 y ss.

expresión de la compleja y extensa realidad a la que nos enfrentamos, lógicamente un estudio más extenso exigiría un proceso de elaboración que supera los medios de una investigación de esta naturaleza, debiendo añadir la dificultad contrastada para poder encontrar por vía de las herramientas informáticas, que permita un examen fiable y detallado de los medios de comunicación, bases de datos y otras fuentes de datos (registros de convenios, etc.), es preciso también señalar que los datos provienen de ámbitos territoriales limitados²¹, ahora bien, eso no supone que esta búsqueda de carácter limitado no permita extraer ciertas conclusiones ilustrativas del actual panorama.

SOCIEDADES PÚBLICAS	TOTAL: 70
1. Reconocimiento de los principios legales de selección en Convenio Colect.	21
2. Ausencia de regulación en Convenio Colectivo	13
3. Sociedades sin convenio propio	36
4. Página web, con apartado específico de oferta de empleo	7

FUNDACIONES PÚBLICAS	TOTAL: 70
1. Reconocimiento de los principios legales de selección en Convenio Colect.	16
2. Ausencia de regulación en Convenio Colectivo	5
3. Fundaciones sin convenio propio	49
4. Página web, con apartado específico de oferta de empleo	3

A la vista de los datos referidos, podemos extraer algunas reflexiones al respecto:

a) Nos encontramos que dada la configuración como entes instrumentales de gran parte de las sociedades públicas, la realidad es que estamos en presencia de sociedades públicas fantasmas que solo existen a efectos jurídicos, pero cuya infraestructura es mínima, por lo cual su personal también, lo que supone que existe una tendencia a la inexistencia de convenios colectivos propios de empresa, y por lo tanto, no existe un reconocimiento expreso de la obligación de aplicar los principios del artículo 55 del EBEP, en los procedimientos de selección de personal. Lo anterior no supone que por su mínima composición la selección de su personal pueda quedar fuera de las exigencias legales, aunque la impresión es que esa es la realidad.

b) En cuanto a las fundaciones públicas, en este caso su peculiar configuración conlleva que una gran parte de las mismas carezca de un instrumento convencional propio, y por ello, hay una ausencia de reconocimiento legal de la obligación de cumplir los requisitos legales de acceso previstos en el EBEP.

c) La apreciación tras examinar los datos y las entrevistas mantenidas con diferentes responsables administrativos, es que estamos en presencia de un profundo silencio tanto en

²¹ En concreto, el examen se ha centrado fundamentalmente en las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla – La Mancha, Madrid, y los Ayuntamientos de Santander, Gijón, Oviedo, Valladolid, Barcelona.

sociedades como fundaciones públicas con respecto a los procedimientos de selección, y en especial, debemos indicar que también el mecanismo publicitario de las ofertas de empleo (esencial conforme determina el propio artículo 55.2 EBEP), parece brillar por su ausencia, dado que solo en un 7,5% de las sociedades y fundaciones analizadas, tienen prevista en su web, un espacio específico destinado a la selección, e incluso acudiendo a la consulta dentro de las mismas, no aparecen en ningún caso referencia alguna a la publicación de convocatorias de selección.

Por lo tanto, estamos en presencia de uno de los más graves problemas que presenta el sector público, con referencia al cumplimiento de las obligaciones legales previstas en el EBEP, efectivamente, este tipo de entes instrumentales nacen con la finalidad manifiesta de emprender la denominada “huída del derecho administrativo”, incluidos los controles sobre la selección de personal, y a pesar del voluntarismo legislativo, la realidad resulta contumaz, en el sentido de seguir utilizando estos entes como medios de colocación de personal, en función de intereses claramente espurios.

Pero es más, el tema es más preocupante cuándo ante el escenario actual de crisis económica se esta produciendo un intento de redimensionar a términos cuantitativos más razonables el sector público, pero se procede a instrumentar medidas legislativas²² que permiten la directa e inmediata

²² Destaca a este respecto el Decreto Ley 5/ 2010, de 27 de junio, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y así destaca su Disposición Adicional cuarta, que señala: Régimen de integración del personal.

En los casos en que, como consecuencia de la reestructuración del sector público andaluz establecida en el presente Decreto-Ley, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquéllas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública, y que aplicará las siguientes reglas:

a) La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de servicios en entidades del sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios.

b) El personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración. De igual forma se procederá en relación con el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que ocupe puestos de trabajo en las Consejerías afectadas por la reestructuración realizada por este Decreto-Ley, y que desempeñe funciones que sean asumidas por la entidad resultante.

c) El personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una nueva entidad por aplicación del presente Decreto-Ley, podrá participar en las convocatorias de concursos de traslados que se realicen para el personal laboral al que le sea de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía durante los cinco años siguientes a la fecha de integración en la nueva entidad.

d) Los convenios colectivos aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo.

e) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por este Decreto-Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

integración en las administraciones públicas, de un personal que no superado proceso selectivo alguno, lo que constituye una burla a los principios constitucionales y al conjunto de los empleados públicos que han superado sus correspondientes procedimientos selectivos, de forma que la triste conclusión es que ya se pueden adoptar todas las medidas legislativas que se quieran, que los propios legisladores ya se ocuparan de vaciarlas de contenido, en detrimento de la sociedad y de los servicios públicos.

B) LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS²³

Nos encontramos ante una de las novedades del EBEP (artículos 60 y 61.4 y 7) que deben ser recibidas, a nuestro juicio, con total satisfacción, a pesar de que la tramitación parlamentaria haya introducido alguna modificación y en otras ocasiones olvidos que están provocando conflictos innecesarios e indebidos. Esta regulación responde directamente a una de las expresas propuestas formuladas por la ya citada Comisión de expertos que tuvo en esta cuestión uno de sus principales caballos de batalla, sin olvidar que ha sido el ámbito de la Administración Local, el principal inspirador de este nuevo marco jurídico, ya que, precisamente la composición y funcionamiento de los órganos de selección ha sido puesta en serias dudas, dada la manifiesta y comprobada aparición de un clientelismo político y social en la selección, y en especial con relación a la contratación indefinida laboral y la temporal, tanto de personal funcionario interino como laboral. Así, no existe duda de que el artículo 60 del EBEP, recoge directamente los principios que podemos caracterizar como de carácter legal o procedimental del artículo 55.2 del Estatuto, y fruto de ello, son las novedades que incorpora el precepto.

1.- Caracteres Generales de los órganos de selección (artículo 60.1 del EBEP).

Para una correcta valoración y estudio de la cuestión, entendemos que resulta preciso realizar un breve repaso a las notas y principios que informan la configuración común de todos los órganos de selección, ya que los mismos van a constituirse en las líneas maestras que orientaran la interpretación del resto de los preceptos.

Así, podemos formular esencialmente las siguientes consideraciones:

A) Exigencia de la colegialidad: supone la declaración expresa de que los órganos de selección serán obligadamente “**colegiados**”, con ello se cierra cualquier posibilidad de uso de formulas unipersonales, que han sido utilizadas en muchas ocasiones de las selecciones temporales con anterioridad a la publicación del EBEP. Pero una consecuencia más importante de esta declaración, es la exigencia legal derivada de su condición de “*colegiados*”, en concreto, nos referimos a la obligación de someter la formación de voluntad del mismo, a las reglas y principios establecidos expresamente en el Capítulo II del Título II, y por ende del resto de las previsiones que puedan resultar de aplicación sobre sus actos de la Ley 30/1992 LRJPAC.

Asimismo, señalar que con referencia a las Entidades Locales, las previsiones del R.D. 896/1991 sobre Reglas Básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la administración local, ya establecía el carácter colegiado del órgano de selección, al prever en su artículo 4º e) , la composición de los Tribunales, ahora bien, con relación al personal interino y laboral (disposiciones adicionales primera y segunda respectivamente), no se establecía una mención expresa al respecto, aunque la lógica nos obligará a concluir la exigencia de aplicación de las previsiones del citado apartado e), pero desde luego con la nueva regulación básica del EBEP, no existe duda al respecto, por ello, todos los

f) El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda.

²³ Sobre estas cuestiones debemos remitirnos directamente a nuestra obra FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), “Selección y Pérdida de la condición de Empleado Público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local”, Editorial ATELIER – Barcelona.

órganos encargados de la selección con independencia del tipo de relación jurídica y su temporalidad deberá ser realizada por órganos colegiados.

B) Requisitos de profesionalidad e imparcialidad en su composición: Por otro lado, el precepto obliga a que **“todos”** los miembros que compongan estos órganos deberán cumplir las exigencias legales de **“profesionalidad e imparcialidad”**, procede pues analizar de forma separada ambas exigencias, y a este respecto debe tenerse en cuenta, que las previsiones del R.D. 896/1991, que en artículo 4º apartado e) exigía una composición *“preferentemente técnica”*, si bien, ahora resulta directamente inaplicable por el carácter de legislación básica del EBEP, y lo mismo debe decirse con referencia a la regulación del artículo 11 del RGI, si bien, este no precisaba nada al respecto.

B.1) En cuanto a la exigencia de **“profesionalidad”**, tal como ya hemos señalado anteriormente al analizar los principios, debe ser entendida como la posesión por parte de los miembros de los tribunales de la adecuada y suficiente formación sobre las materias que son objeto de examen en el proceso selectivo y como ha señalado algún autor²⁴ también una formación específica como técnico seleccionador o expertos en técnicas de selección, es decir, estamos en presencia del principio de especialización, elemento esencial de una adecuada selección, por cuánto no hay que olvidar que la actuación de estos se caracteriza por estar dentro de la esfera de la denominada *“discrecionalidad técnica”*, que supone que las decisiones valorativas adoptadas no pueden ser objeto de revisión jurisdiccional, y por ello, debe exigir en contraprestación lógica la adecuada acreditación de la especialización de los miembros del tribunal.

Así, procede examinar de forma breve la configuración de la *“discrecionalidad técnica”*²⁵, como premisa inicial y consolidada por la jurisprudencia podemos afirmar que, la evaluación de méritos por el correspondiente órgano evaluador se trata de un mero problema técnico, es decir, estamos ante una competencia exclusiva y excluyente de los Tribunales de selección, no susceptible de control judicial, salvo con ciertas matizaciones.

Nos interesa destacar la definición que de la misma formula el Tribunal Constitucional que en su **STC 353/1993**, fundamento jurídico tercero, que señala:

*“Que la Discrecionalidad técnica se traduce en una ” **presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación**”, que solo cabe desvirtuar en sede jurisdiccional ” si se acredita la infracción o **el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador** , bien por desviación de poder, arbitrariedad o **ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**”.*

Es evidente que no corresponde a los Tribunales y Juzgados de lo Contencioso Administrativo suplir al órgano seleccionador en su decisión, entrando estos a calificar, sin parámetros jurídicos, los méritos de los candidatos presentados al procedimiento de selección, de manera que son inadmisibles todas las pretensiones que intenten conseguir que los órganos jurisdiccionales realicen una valoración alternativa a la de los órganos de selección correspondientes²⁶.

Ahora bien, lo anteriormente señalado no significa que no sea posible un control judicial de las actuaciones de estos órganos de selección; efectivamente la Jurisprudencia²⁷ ha reconocido

²⁴ FEREZ FERNANDEZ, M.(1997), “El Proceso selectivo: Reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en la obra de AA.VV. “ Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas”, IVAP – Oñate, pág. 61.

²⁵ DESDENTADO DAROCA, E., (1997), “Los Problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica”, Civitas, Madrid.

²⁶ SsTS de 8 de junio de 1999; 19 de junio de 2001; 12 de marzo de 2002; 23 de noviembre de 2004; 13 de octubre de 2004; 11 de diciembre de 1998; 14 de julio y 10 de octubre de 2000, entre otras muchas.

²⁷ SsTS de 13 de octubre de 2004; 5 de julio de 1993; 13 de marzo de 1991; 10 de marzo de 1999, entre otras.

diversos límites al ejercicio de la “*discrecionalidad técnica*”.²⁸

Como conclusión debemos destacar que a la vista de lo señalado se confirma que la razón que ha servido de fundamento al criterio de los tribunales de respetar al ejercicio de la “*discrecionalidad técnica*” por parte de esos órganos de selección, radica en el “*carácter especializado*”, de deberían tener los mismos, cuestión que como hemos observado el propio Tribunal Constitucional (STC 353/1993) consideró elemento esencial, ratificando el propio Tribunal Supremo²⁹, la exigencia de la citada “*cualificación o especialización*” de los órganos de selección. Por ello, podemos afirmar que la incorporación de los principios de especialidad, como directa manifestación de la profesionalidad supone reforzar el sentido adecuado y justo del ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de los órganos de selección.

Una cuestión que, a nuestro juicio, debe ser objeto de reflexión y de un adecuado desarrollo normativo posterior, es la posibilidad de establecer una composición especializada de los Tribunales pero por ejercicios a desarrollar, es decir, no parece razonable ni tampoco cumplir la exigencia de especialidad, el hecho de constituir un Tribunal, pongamos por caso para reclutar Arquitectos, que este compuesto en exclusiva por Arquitectos e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, con lo cual, en principio, se daría perfecto cumplimiento al principio de especialidad, pero no se cumpliría en relación a un ejercicio (actualmente obligado en cualquier proceso selectivo), donde se exija un temario jurídico previo (Constitución, Estatutos de Autonomía, etc..), con lo cual entendemos que para evitar esta contradicción en la configuración de Tribunales y dar una adecuada respuesta al principio de especialidad, podría incorporarse unos Tribunales, de doble área o fase que respetaran en su composición realmente el principio de especialidad exigible a cada tipo de ejercicio.

B.2) En cuanto a la exigencia de “*imparcialidad*”, debemos recordar como el Tribunal Constitucional³⁰, ha señalado que esta presenta un contenido subjetivo, entendido este como la prohibición de intervención a aquellos miembros que hayan tenido una relación previa indebida o inconveniente, y por otro lado, un contenido objetivo, que al igual que en el caso anterior impide la participación pero por causa de la existencia de vínculos directos y permanentes con los ciudadanos que optan al proceso selectivo.

A lo anterior, tal como hemos indicado anteriormente le resultan de aplicación otras previsiones recogidas por normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero que entendemos no han resultado afectadas, en el sentido de su derogación expresa o tácita, nos referimos, en concreto, a las previsiones de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 LRJPAC que regulan las causas legales de abstención y recusación, a lo que debe añadirse la prohibición contenida en el artículo 13.2 del R.D. 364/1995 RGI, que impide a los funcionarios que hubieran participado en la preparación de opositores en los cinco años anteriores.

²⁸ Los criterios jurisprudenciales básicamente podemos resumirlos en los siguientes:

- a) Inobservancia de los elementos reglados del procedimiento.
- b) Existencia de un error ostensible o manifiesto.
- c) Infracción de las normas que regulan el régimen jurídico de su funcionamiento.
- d) Infracción de las Bases del proceso selectivo.
- e) Actuación con desviación de poder.
- f) Violación del principio de igualdad, y como consecuencia directa la de los principios de mérito y capacidad. Actuación calificable de arbitraria, lo que supone directamente la violación de las previsiones del artículo 9.3 de la Constitución Española

²⁹ SsTS de 4 de Octubre de 1983, 28 de noviembre de 1984, 17 de abril de 1986, 18 de enero y 27 de abril de 1990, 11 de octubre y 28 de diciembre de 1994 y 19 de junio de 1995.

³⁰ Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional son referidos especialmente al ámbito judicial, si bien sus consideraciones son de directa aplicación a nuestro caso, así destacan SsTC 5/2004, 240/2005, 306/2005 y 55/2007).

C) Los órganos de selección y la paridad de género: Por último, se hace una mención expresa a la **cuestión de la paridad entre hombre y mujer**, en la composición de los órganos de selección, la misma es directo reflejo de las modificaciones legislativas introducidas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico al respecto, en concreto, nos referimos a las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres³¹.

2.- *La composición de los órganos de selección:*

A) Análisis de la cuestión de la exclusión del personal de elección y designación política (Artículo 60.2 del EBEP).

1º) Exposición de la valoración de la Doctrina Administrativa.

Lo primero que debemos destacar es que la génesis de este precepto se encuentra en la propuesta formulada por la Comisión de expertos³², y que fundamenta la misma en los manifiestos supuestos de clientelismo social y político que se han producido en la selección del empleo público en nuestro país, y en especial en el ámbito de la administración local.

A lo anterior, debemos añadir que en la mayoría de la doctrina administrativa especializada en el estudio de estas cuestiones se ha pronunciado de forma indubitada a favor de una interpretación que conlleva la exclusión de Alcaldes, concejales y demás personal de naturaleza política en su designación de los órganos de selección.

En este punto, nos vemos obligados a exponer nuestra posición al respecto, así, debemos destacar que la norma en su redacción se configura como contenido de exclusión, es decir, nos indica cuáles son las personas que no pueden formar parte de los tribunales de selección, lo que nos permite formular una primera consideración al respecto, y que es el reconocimiento de que pueden formar parte de los citados órganos cualquier ciudadano aunque no tenga una relación jurídica de servicio con las administraciones públicas, siendo igualmente indiferente en el caso de personal al servicio de estas la clase de relación que mantengan, es decir, funcional o laboral, ahora bien, lo que si resultara de aplicación estricta a todos ellos, son las exigencias del apartado primero del artículo 60 (imparcialidad y profesionalidad – especialidad-).

Ahora bien, lo anterior no significa que estas previsiones supongan la inaplicación del contenido del artículo 11 del RGI, que exige una composición de funcionarios para la selección de personal con esa misma relación jurídica, ya que el estatuto no establece un determinado tipo de composición, simplemente abre un abanico de posibilidades a la hora de nombrar miembros de los órganos de selección, exigencia que no existía para el ámbito local dado que el RD 896/1991 nada decía al respecto.

Ahora bien, lo que también deja claro el EBEP es la prohibición expresa de que un determinado tipo de personal no pueda participar en la composición de los tribunales, en concreto:

- a) Personal de elección o de designación política.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal eventual.

Con relación al personal de elección o de designación política, como primera consecuencia

³¹ Ahora bien, en este punto se plantea una curiosa peculiaridad, por cuánto el artículo 53 de la precitada norma exige una presencia equilibrada entre géneros, y en caso de no dar cumplimiento a esta premisa deberá motivarse de forma fundada y objetiva las razones que justificarían el incumplimiento, pero su ámbito de aplicación queda circunscrito a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de esta, pero resulta que el EBEP a estos efectos es más flexible en su regulación, por cuánto el mismo no obliga a motivar que la composición del órgano de selección no sea paritario o equilibrado, ya que solo existe la exigencia de que “*se tendera*” a la misma, lo que no significa que no exista un claro mandato legal de intentar poner todos los mecanismos posibles para conseguir esa paridad, pero lógicamente una composición desequilibrada, en ningún caso, podrá justificar una impugnación con respecto a la incorrecto nombramiento del órgano de selección.

³² “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 91 y ss., elaborado por encargo del MAP.

debemos entender que se ha producido una derogación tácita de las previsiones del artículo 4º f) del R.D. 896/1991, que establecía la obligatoriedad de que todos los tribunales en las Entidades Locales estuvieran presididos por el Alcalde –Presidente de la corporación o miembro de la misma en quien delegara, asimismo, también deben considerarse excluidos los miembros de las Juntas de Gobierno no concejales, por su manifiesta designación política conforme regula el artículo 126.2 LRBRL y también, al personal directivo local de libre designación, nombrado al amparo de las previsiones del artículo 176.3 del RDL 781/1986.

Ahora bien, esta conclusión sobre el contenido de las previsiones del EBEP ha sido rechazada por algún autor³³, reclamando la no aplicación a la administración local del artículo 60.2 del EBEP, en cuanto, a la exclusión de alcaldes y concejales de los órganos de selección, si bien, a nuestro juicio, como hemos manifestado en trabajos anteriores carecen de fundamento las argumentaciones utilizadas.

Por último, entendemos que puede resultar muy ilustrativo examinar el origen del proceso de elaboración del término “*personal de elección política*”, procede profundizar en la “*ratio legis*” del EBEP. Así, en primer lugar, debemos recordar como el EBEP surge como consecuencia de los trabajos de la Comisión de expertos nombrada al efecto por el MAP³⁴, pues bien, en la recomendación expresa realizada por este, se recoge literalmente la redacción incorporada al apartado segundo del artículo 60, de forma que es la Comisión la que aporta este término, explicando la misma en su Informe que su contenido son las autoridades políticas, y en especial, alcaldes y concejales, dados los abusos de clientelismo que se habían producido en este ámbito, y debemos también fijarnos en que el informe distingue expresamente la designación política, de los representantes sindicales, a los que también se propone excluir expresamente, por lo cual, el intento de ocupar el supuesto espacio vacío, por el citado autor, comienza a manifestarse incorrecto también desde la “*ratio legis*”, así, debe recordarse que este informe se incorpora como uno de los documentos que se adjunta al Proyecto de Ley cuándo es remitido a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria.

En segundo lugar, si se comprueba el texto aprobado por el Gobierno del Estado y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales³⁵, se puede observar que el artículo 60 presenta una redacción idéntica a la propuesta por la Comisión de expertos y muy ilustrativa, para este debate, así señala:

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 de designación **política** y el personal eventual no podrá 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 de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal** o cualquier otra entidad representativa de intereses.*

En tercer lugar, debemos continuar con el examen de la tramitación parlamentaria, y así observamos que en el trámite de presentación de enmiendas, este precepto no fue discutido, en

³³ D’ANJOU GONZALEZ, J.(2007), “El Estatuto Básico del Empleado Público: Primer apunte al mismo”, El Consultor de los Ayuntamientos nº 14, págs. 2414 y ss. ; sus posiciones han sido objeto de una contestación pormenorizada por FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 129 y ss., a las que nos remitimos.

³⁴ “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 83 y ss., elaborado por encargo del MAP.

³⁵ Proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-1, de fecha 8 de septiembre de 2006.

cuánto a configurar de otra manera la exclusión de los representantes políticos de elección, nos remitimos a su lectura³⁶, y así, nos encontramos con que el informe de la Ponencia³⁷, mantiene el mismo texto que el remitido por el Gobierno, sin modificación alguna a este respecto, y es solo posteriormente durante el debate y elaboración del Dictamen de Comisión³⁸, cuando el apartado tercero del artículo, única y exclusivamente, resulta modificado, en virtud de un acuerdo en el seno de la Comisión y no, por el contenido concreto de las enmiendas presentadas, que como hemos señalado anteriormente no afectaban a la cuestión, resultando un nuevo texto que quedó del siguiente tenor:

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 de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrán formar parte de los órganos de selección.

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

Como se puede comprobar, el apartado segundo sigue invariable, no siendo discutido en ningún momento, durante su tramitación parlamentaria, su contenido en el sentido de limitación directa a las autoridades y cargos de elección política para su participación en los órganos de selección, únicamente cambia la redacción del apartado tercero con la única finalidad de que no resulte demasiado agresiva su redacción inicial, es decir, que no figuren expresamente como objeto de exclusión las organizaciones sindicales, si bien, su contenido material lleva a la misma conclusión que en su redacción original, es decir, continúan excluidos.

Finalizada la tramitación del Proyecto en el Congreso de los Diputados, es remitido el mismo al Senado, y en este caso se presentan dos enmiendas³⁹ a este apartado segundo del artículo 60, pero con finalidades muy distintas, así la presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Senado, intentaba limitar la exclusión de los tribunales a Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, no mencionando a las Entidades Locales, proponiendo expresamente:

Artículo 60.2 EBEP:

“En la Administración General del Estado y en las Administraciones Autonómicas, el personal de elección o de designación política no puede formar parte de los órganos de selección”.

Esta enmienda fue rechazada en el Dictamen de Comisión⁴⁰ y nuevamente en el Pleno del Senado, a la vista de ello, nos interesa destacar que el rechazo a la propuesta supone clarificar de forma indubitada la voluntad del legislador a este respecto, en concreto, de excluir como miembros de los tribunales de selección a las autoridades de elección política de las entidades locales.

³⁶ Las Enmiendas fueron publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-9, de fecha 24 de Noviembre de 2006, afectando a este precepto solo las presentadas por José Antonio Labordeta (Grupo Mixto) Enmienda nº 31, las de Esquerra Republicana de Catalunya, con los nº 298 y 299, y finalmente las de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, con los nº 173 y 174.

³⁷ Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-11, de fecha 13 de Diciembre de 2006.

³⁸ Publicado el texto del dictamen en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-13, de fecha 20 de Diciembre de 2006.

³⁹ Nos referimos a la enmienda nº 108 del Grupo Parlamentario Popular del Senado y la nº 235 del Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés (BOCG del Senado Serie II nº 85 (d) de 21 de febrero de 2007.

⁴⁰ BOCG del Senado Serie II, nº 85 (e), de fecha 15 de marzo de 2007.

La otra enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés durante el tránsito del proyecto por el Senado proponía la simple eliminación del precepto, pero por entender que el mismo excedía el contenido o alcance de lo básico, y por ello, la materia debía ser adjudicada su regulación en exclusiva a las Comunidades Autónomas, con lo cuál su contenido no incide en el debate de la cuestión examinada.

A la vista de lo expuesto, y de conformidad con la propia *“ratio”* de su génesis, procede formular una pregunta esencial, **¿qué órganos, autoridades o personal hay en las entidades locales que tenga una naturaleza de “elección política”?, pues la respuesta es unívoca, los Alcaldes y Concejales.**

Así pues, si resulta que desde el mismo momento de la elaboración del anteproyecto de ley, la comisión de expertos ya formuló una redacción idéntica a la aprobada finalmente, explicando en el citado informe cual era el sentido de la misma, que no era otro que excluir a las autoridades y órganos de elección política, y resulta que durante toda la tramitación parlamentaria, el precepto no ha sufrido modificación alguna, y no ha sido objeto de debate, en cuánto el sentido material del mismo, entendemos que no quedan espacios para sostener, simplemente por el término *“personal”*, que los alcaldes y concejales no están afectados por el artículo 60.2, sinceramente parece, según el término coloquial, *“coger el rábano por las hojas”*.⁴¹

Por otro lado, llama la atención una ausencia en la lista de exclusiones, y no es otra, que la del personal laboral temporal, que carece de sentido alguno siendo la única justificación que encontramos, el que esta es una manifestación más de la deficiente técnica legislativa que ha sufrido la elaboración parlamentaria del EBEP, de todas formas la lógica con la ratio interna del precepto, debería llevar a los posteriores legisladores encargados del desarrollo del EBEP, han de subsanar esta deficiencia, incorporando en sus Leyes de desarrollo, la prohibición de participación de este colectivo, dado que resulta absolutamente incoherente prohibir la participación para evitar posibles interferencias a la independencia de ese personal, con la excusa de su temporalidad y permitir la de otro colectivo cuya situación de temporalidad suele ir unida generalmente a proyectos o programas sometidos a subvenciones de renovación temporal.

Por último, una breve reflexión sobre el problema que puede surgir con relación al personal directivo, diferenciado del personal de la administración local del artículo 176.3 del RDL 781/1986, dado que este no está incluido en ninguna de las clases de empleados públicos regulados en el artículo 8.2 del EBEP, y el artículo 13 tampoco especifica cuáles pueden ser los procedimientos de nombramiento de este personal, por lo que no es descartable que su nombramiento sea absolutamente discrecional y por ello, *“político o cuasipolítico”*, lo que lógicamente nos llevaría a reclamar su inmediata exclusión de cualquier Tribunal de selección.

Por último, debemos destacar la Instrucción del Ministerio de Administraciones Públicas por la cual se aprobaron los *“Criterios para la aplicación del estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local”*⁴², y que ratifican todo lo argumentado con anterioridad.

2º) Estudio y Evaluación de la su aplicación.

Tras exponer de forma detallada los fundamentos que justifican, a nuestro juicio, de que estamos ante una exclusión, sin excepción de ninguna clase, del personal de elección o de designación

⁴¹ Finalmente esta cuestión ha sido objeto de otra serie de comentarios cuya finalidad era la de evitar la exclusión de los autoridades de carácter político de los órganos de selección, si bien por las limitaciones de este seminario no podemos proceder a una exposición más detallada, pero nos remitimos a los señalado en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 136 y ss., en el sentido de que por el autor se considera que no resulta admisible la incorporación de las citadas autoridades a los órganos de selección.

⁴² Señala expresamente la misma:

“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 9 del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local.”

política, lógicamente procede en este punto examinar lo ocurrido en los diferentes procesos selectivos celebrados a lo largo de nuestra geografía, debemos indicar previamente que los datos que vamos a aportar no pueden ser considerados como absolutos⁴³, pero si lo suficientemente clarificadores para poder extraer algunas conclusiones ilustrativas de la situación actual de la cuestión.

Así, procedemos a exponer los datos obtenidos, en concreto:

CONVENIOS COLECTIVOS (2007/2010)	TOTAL: 46
Reconocimiento a la Participación de los grupos políticos en la condición de observadores.	3

CONVOCATORIAS ORDINARIAS DE FUNCIONARIOS

JUNIO 2007 / DICIEMBRE 2008

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL: 65
Personal Político (miembros directos y observadores)	3

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP

01 mayo 2007 – 31 Diciembre 2008

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL 60
Personal Político	3
a) Presidente.....2 – Funcionario	
b) Miembro.....1 – Funcionario	

CONSOLIDACIÓN - 1 enero de 2009- 30 de Septiembre de 2010

COMPOSICIÓN TIBUNALES	TOTAL 68
Personal Político	0

⁴³ Efectivamente, los resultados obtenidos responden a un examen conforme a las publicaciones en los boletines oficiales, y el proceso de investigación se ha realizado en función de los contenidos incorporados a las bases de datos de Wetslaw, LA LEY Digital, CEMICAL y Boletines Oficiales, lógicamente en algunos supuestos limitados a periodos temporales, si bien, consideramos que los datos obtenidos pueden resultar muy ilustrativos.

De lo expuesto podemos formular algunas conclusiones sobre la participación del personal de designación política en los órganos de selección:

a) Tras la aprobación del EBEP, en los periodos de tiempo inmediatamente posteriores a su entrada en vigor, se aprecia que se produjo una resistencia a la aplicación de sus previsiones, así, se constata el reconocimiento por vía convencional de la intervención de los “grupos políticos”, aunque en condición de observador en los órganos de selección, y por otro lado, el mismo fenómeno se produce en las convocatorias tanto de procesos selectivos de consolidación como en procesos selectivos ordinarios.

b) Afortunadamente se aprecia que transcurrido este periodo inicial, al que podríamos denominar como de “*sarampión*”, parece que desaparecen de los órganos de selección, el personal de elección o de designación política, al menos de forma clara en los procesos de consolidación (2009 – 2010) y en los convenios colectivos posteriores a la fecha de mediados del año 2009.

c) Lo anterior, no supone que no se pueda descartar que en procesos selectivos ordinarios desarrollados entre los años 2009 – 2010, no se pueda encontrar algún nuevo supuesto, y más aún, teniendo en cuenta la aparente impunidad con la que han contado los supuestos anteriores, lo que sorprende dado que el propio MAP ya manifestó su posición al respecto como hemos indicado, y el mismo conserva las competencias previstas por el artículo 65 de la Ley 7/1985 LRRL, y lo mismo debemos denunciar de las Comunidades Autónomas. Así, tras un examen detallado de las bases jurisprudenciales no hemos encontrado resolución judicial alguna que resolviera una posible impugnación ni de los citados convenios colectivos, como tampoco de las convocatorias afectadas, por la manifiesta ilegalidad.

d) Como conclusión final debemos reafirmarnos en las consideraciones formuladas anteriormente, y por ello, afirmar que resulta no ajustado a derecho la incorporación del personal de elección o designación política, que debe quedar proscrito de cualquier clase de convocatoria de selección, lo que parece estar calando en la realidad cotidiana, si bien eso no significa que la cuestión este resuelta definitivamente, ya que, hemos apreciado que se han buscado de forma inmediata soluciones al problema de no poder controlar la composición de los órganos de selección, y así, nos encontramos con la utilización inadecuada por parte de las corporaciones locales de la figura del “*personal eventual*”, regulada por el artículo 12 del EBEP, y cuyas funciones están limitadas a cuestiones de “*confianza*”, se entiende de suyo, que política, y de “*asesoramiento especial*”, lo que supone que no puede intervenir ni participar en el funcionamiento ordinario de la estructura administrativa ni en la gestión administrativa⁴⁴.

Ahora bien, dicho lo anterior es preciso realizar una acotación, ya que con la nueva regulación del artículo 13 del EBEP, es preciso distinguir al eventual del personal directivo, lo que supone como ha señalado la doctrina⁴⁵ cerrar definitivamente la confusión generada por las previsiones del artículo 176.2 del RDL 781/1986, que permitió el desempeño por personal eventual de puestos de carácter directivo en las corporaciones locales.

Así pues, a través de la figura del personal eventual se están contratando por las corporaciones locales, de toda clase de color político, a Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Asesores Jurídicos para Urbanismo, coordinador informático, Educador para Aulas de menores de dos años, acompañante de alumnos para autobús y comedor escolar, y un largo catálogo de curiosidades⁴⁶.

⁴⁴ En ese mismo sentido se manifiesta, BOLTAINA BOSCH, X., (2006), pág 179.

⁴⁵ SANCHEZ MORON, M. (2007), pág. 101.

⁴⁶ En este sentido vamos a destacar lo ocurrido en varios Ayuntamientos de Cantabria, así: Ayuntamiento de Camaleño (Coordinador Asesor Informático)- BOC. N° 149 de 1 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Arenas de Iguña (Arquitecto Municipal)- BOC n° 144 de 25 de julio de 2007; Ayuntamiento de Bárcena de Cicero (Arquitecto Municipal, Arquitecto Técnico Municipal, Educador en el Aula de dos años del Colegio Público) BOC n° 128, de 3 de julio de 2007; Ayuntamiento de Castañeda (Arquitecto Municipal y Operario de cometidos múltiples- notificaciones, citaciones, compras de material y tareas menores en oficinas municipales) BOC n° 149 de 1 de Agosto de 2007; Ayuntamiento de Penagos (Acompañante de alumnos de la escuela Preescolar de Arenal en el autobús y comedor escolar, Encargada

A nuestro juicio, estas actuaciones son manifiestamente ilegales, y es una demostración manifiesta de un “*fraude legis*”, cuya finalidad no puede ser otra, que el evitar las exigencias legales del EBEP, en materia de acceso y selección en el empleo público, en especial como decíamos la obligada ausencia de representantes políticos y sindicales de los Tribunales.

3.-La exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás personal de representación (artículo 60.3 del EBEP).⁴⁷

1.- Introducción: La Génesis de la propuesta de Exclusión y examen de la “ratio legis” del precepto aprobado.

Estamos en presencia de una de las más llamativas novedades introducidas por la Ley 7/2007 EBEP, en concreto, la exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y representantes de comunidades autónomas de su participación en los órganos de selección en las administraciones públicas, y en concreto de las administraciones locales, tal como determina el artículo 60.3 del EBEP.

Pues bien, esta cuestión ya fue abordada en los trabajos preparatorios del Proyecto de Ley del EBEP, en concreto, por la Comisión de Expertos convocada al efecto⁴⁸, como consecuencia de

del Centro Avanzado de Comunicaciones, Encargada de la Biblioteca Municipal) BO nº 137 de 16 de julio de 2007; Ayuntamiento de Villacarriedo (Encargada de la atención del Centro Avanzado de Comunicaciones) BOC nº 142 de 23 de julio de 2007; Ayuntamiento de Argoños (Técnico Municipal), BOC nº 145 de 26 de julio de 2007; Ayuntamiento de Mazcuerras (Arquitecto Técnico Municipal), BOC nº 150 de 2 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo (Arquitecto Técnico Municipal) BOC nº 163 de 22 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Laredo (Animador cultural y de ocio) BOC nº 147 de 30 de julio de 2007, Ayuntamiento de Marina de Cudeyo (Encargado de Centros Públicos) BOC nº 157 de 13 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Penagos (Encargada de la Ludoteca, Secretario-interventor de las Juntas Vecinales del municipio) BOC. nº 137 , de 16 de julio de 2007; Ayuntamiento de Reocín (Auxiliar del Servicio de Obras, Coordinador de Deportes) BOC nº 145 de 26 de julio de 2007 y el mismo municipio (Arquitecto Técnico y Coordinador de Obras) BOC nº 140 de 19 de julio de 2007; Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera (Asesor jurídico urbanista) BOC nº 158 de 14 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Santa Cruz de Bezana (Coordinador de Actividades Deportivas) BOC nº 159 de 16 de agosto de 2007y por último, Ayuntamiento de Villaescusa (Arquitecto Técnico) BOC nº 159 de 16 de agosto de 2007 y también, en la provincia de Granada hemos comprobado el nombramiento como personal eventual en el Ayuntamiento de Cijuela (Asesoramiento técnico en materia de Urbanismo, Auxiliar administrativo de apoyo a las oficinas municipales; Dirección, coordinación y organización de la Biblioteca Pública municipal) BOP de Granada nº 149 de 3 de agosto de 2007, estas ocurrencias continúan a lo largo de y ancho del territorio de todo el Estado, así, en la Comunidad Autónoma Valenciana tenemos en Ayuntamiento de Navarres, incorpora su plantilla como personal eventual (Coordinador de brigadas y personal de mantenimiento) BOP Valencia nº 294 de 11 de Diciembre de 2007, también Ayuntamiento de Aielo de Malferit (Aesor y supervisor del personal de parques, jardines, obras y servicios del Ayuntamiento BOP Valencia nº 283 de 28 de Noviembre de 2007 y Ayuntamiento de Favara (Encargado de mantenimiento) BOP Valencia nº 274 de 17 de Noviembre de 2007, en la Comunidad Autónoma de Asturias , en concreto, Ayuntamiento de Siero (Jefe de Personal y Recursos) BOPA nº 13 de 17 de Enero de 2008; también Ayuntamiento de Avilés (Jefe de Servicio de Bienestar Social) BOPA nº 221 de 21 de Septiembre de 2007, además Ayuntamiento de Degaña (Coordinadora de Programas Culturales) BOPA nº 296 de 22 de Diciembre de 2007, también en Aragón, por ejemplo Ayuntamiento de Fraga (1 Redactor y 1 locutor de Radio Fraga) BOPHU nº 146 de 27 de julio de 2007, y términos este brece repaso realizado de forma aleatoria con la Comunidad Autónoma de Castilla-León , así Ayuntamiento de Santa Marina del Rey , (Responsables de Biblioteca y de Programa de Yacimientos de Empleo) BOP de León nº 162, de 24 de Agosto de 2007, también el Ayuntamiento de Brazuelo (Administrativo para atención al público, práctica de notificaciones, registro de entrada y salida de documentos, etc..) BOP de León nº 167 de 29 de Agosto de 2007 y por último, Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda (Responsable de Instalaciones) BOP de Valladolid de 13 de Julio de 2007.

⁴⁷ Para un examen más exhaustivo de la cuestión nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 306 / 2008, “*La Exclusión de la participación de las Organizaciones Sindicales en los órganos de selección de las Administraciones Públicas, por exigencia del Estatuto Básico del Empleado Público*”.

⁴⁸ Nos referimos al denominado “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 91 y ss. , elaborado por encargo del MAP, destacando algunas consideraciones formuladas por la misma, así, señala:

- Ningún sistema de selección puede ser fiable, sino se garantiza en sus órganos de selección la exigencia de los principios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad.
- Los órganos de selección deben quedar al margen de cualquier influencia partidaria, gremial, sindical o corporativa.

estas propuestas, el primer borrador del anteproyecto que se elaboro por el MAP, con fecha 25 de noviembre de 2005, establecía expresamente la exclusión propuesta⁴⁹ por la Comisión de expertos, el citado texto fue objeto de negociación con Comunidades Autónomas, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y organizaciones sindicales⁵⁰ (CC.OO, Csi-Csif y UGT), de manera que se elabora un segundo borrador, con fecha 17 de abril de 2006 que mantiene la misma redacción de la exclusión⁵¹, a este texto se le vuelven a realizar nuevas consideraciones continuando el proceso negociador con los mismos interlocutores, que en el caso sindical se concreta en la reunión celebrada el día 4 de mayo de 2006, en la cual vuelven a insistir estas organizaciones en exigir su presencia en los órganos de selección, tras la celebración de otras dos reuniones en fechas de 11 y 17 de mayo, no se alcanza un acuerdo a este respecto de forma que se mantuvo la redacción inicial en el Proyecto de Ley que se presento ante el Congreso de los Diputados⁵², ahora bien, durante su tramitación parlamentaria, algunas organizaciones sindicales mantuvieron encuentros con los grupos políticos con la finalidad, entre otras cuestiones, de que se les reconociera el derecho a formar parte de los órganos de selección, petición que fue atendida de forma parcial por algún grupo parlamentario⁵³, como consecuencia del debate suscitado por la presentación de estas enmiendas y la presión sindical, se alcanzo un acuerdo de

-
- Considera la Comisión como práctica inadmisibles para un funcionamiento correcto del sistema de selección, ya que carece de justificación objetiva, el uso que se ha hecho en nuestro país de configurar la composición de los órganos de selección *“mediante la designación de sus miembros por o en representación de grupos políticos o sindicales...”*.

Por último, se propone por la Comisión de forma expresa *“la exclusión derepresentantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos”*.

⁴⁹ Efectivamente el artículo 39.2 del Anteproyecto señalaba: *“No podrán formar parte de los órganos de selección el personal de elección o designación política,, en representación de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones de representación de los empleados públicos”*.

⁵⁰ La primera de las reuniones celebradas entre las organizaciones sindicales y el MAP, se celebro el día 13 de febrero de 2006, continuando la negociación en las sesiones de los días 20 de febrero, 1, 8 y 15 de marzo, finalizando aquí una primera fase de negociación, que no pudo modificar la redacción del artículo que excluye a las mismas de los órganos de selección.

⁵¹ En concreto, el nuevo borrador incorpora esta previsión en el artículo 60.2.

⁵² En concreto, se publicó en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-94-1 de 08/09/2006, el artículo 60, con el siguiente texto:

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 de designación política y el personal eventual no podrá 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 de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses.

⁵³ Así, BOCG Congreso de los Diputados nº A- 94 -9 de 24 de Noviembre de 2006:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds , formulo dos enmiendas nº 173 (de supresión del apartado 3º del artículo 60) y la nº 174 de adicción que señalaba: Se propone añadir en el apartado 3 del artículo 60 el siguiente texto:

“Las organizaciones sindicales representativas, podrán participar con efectos fiscalizadores en los órganos de selección. Esta participación será con voz pero sin voto.”

Por otro lado, D. Francisco Rodríguez Sánchez (Grupo Parlamentario Mixto), presenta la enmienda nº 243, de adicción de un nuevo apartado cuarto al artículo 60, que señala lo siguiente:

“4. Las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección.”

Por último, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), presento la enmienda nº 299, de supresión íntegra del apartado 3º del citado artículo.

consenso en el seno de la Comisión de Administraciones Públicas, así, el Dictamen⁵⁴ de la misma modificó el texto inicial del Proyecto de Ley, de forma que la nueva redacción no menciona expresamente a las organizaciones sindicales, pero sin embargo si se mantiene la finalidad y estructura normativa del mismo, y como consecuencia de ello, aunque no aparezcan mencionadas expresamente, a nuestro juicio, estas continuaban quedando excluidas de los órganos de selección.

Finalmente, debemos tener en cuenta el proceso final de aprobación del texto legal, así, con relación a la fase de enmiendas al artículo 60 realizada en el Senado, debemos destacar especialmente la enmienda del Bloque Nacionalista Galego⁵⁵ (GPMX), en concreto con carácter de adición, por la cual se solicitaba la incorporación de un nuevo apartado cuarto al artículo 60, cuyo contenido era el siguiente:

“4.- Las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección”

Efectivamente, el sentido de esta enmienda aclara perfectamente, cual es el contenido material de la actual redacción del precepto, ya que precisamente la constancia de que el mismo supone la exclusión radical de las organizaciones sindicales justifica el intento de la enmienda de otorgar, al menos, a estas un derecho de información y seguimiento de los procesos ante la imposibilidad de formar parte de los órganos de selección, por lo cual, debemos ratificar desde la denominada *“ratio legis”*, que no hay duda de la exclusión de estas organizaciones.

A esto, debemos añadir que, a nuestro juicio, se produce un proceso de carácter *“compensatorio”* por la pérdida sufrida por las organizaciones sindicales en su cuota de participación en el ámbito de la selección, que supone la incorporación de las previsiones del artículo 31.6 del EBEP y el reconocimiento de legitimación activa para accionar contra las resoluciones en los procesos selectivos, única y exclusivamente para el ámbito sindical, a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública, es decir, solo lo tienen CC.OO, CSI-CSIF y UGT, curiosamente las tres organizaciones que dieron su conformidad al Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Estado.

Debemos llamar la atención también sobre las previsiones del artículo 31.6 del EBEP, que desde la redacción original del Proyecto de Ley admitido a trámite, señalaba expresamente lo siguiente:

6. 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.

Pues bien, este precepto no fue objeto de enmienda alguna y se mantuvo incólume hasta su aprobación definitiva, y su finalidad desde que fue incorporado a los diferentes anteproyectos era única y exclusivamente *“compensar”* a las organizaciones sindicales por la pérdida de su cuota de poder, en el desarrollo de los procesos selectivos, al perder estos la facultad que tenían hasta ese momento reconocida legalmente para formar parte de los órganos de selección.

II.- Examen de los fundamentos jurídicos que amparan la interpretación defensora de la exclusión al amparo del artículo 60.3 EBEP.

En primer lugar, debemos destacar que la doctrina administrativa especializada en esta área, se ha manifestado de forma unánime en contra de la inclusión en los órganos de selección, de las organizaciones sindicales y sus representantes, incluida la posibilidad de nombramientos de otras

⁵⁴ Así, por Dictamen de Comisión de fecha 15 de diciembre de 2006, que aprueba el texto que iba a ser objeto de examen y votación en el Pleno del Congreso, se modificó el apartado tercero del artículo 60, si bien, no en el sentido de ninguna de las enmiendas presentadas que fueron rechazadas todas ellas, sino mediante una fórmula de consenso, que no modificaba el sentido final del precepto (BOCG Congreso de los Diputados nº A- 94 -13 de 20 de Diciembre de 2006.

⁵⁵ Enmienda nº 7 de Adición del BNG, publicada en el BOCG del Senado Serie II nº 85 (d) de 21 de febrero de 2007.

personas por designación de los mismos o de los órganos de representación de los empleados públicos.

Dicho lo anterior, como en supuestos anteriores entendemos que debemos proceder a exponer nuestra posición al respecto, con el mayor detalle posible dentro de las limitaciones materiales de esta clase de trabajo orientado a una jornada, así, debemos comenzar con el examen de las siguientes consideraciones jurídicas:

A) El acceso al empleo público como derecho de los ciudadanos.

Efectivamente, durante mucho tiempo se ha considerado que el acceso y la selección de los empleados públicos, formaban parte del orden “*Estatutario*”, y por ello, los procedimientos de selección se encontraban controlados por los aparatos políticos y burocráticos, en algunos casos, pero esta consideración nunca ha sido ajustada del todo a nuestro orden constitucional, pues recordemos que el sentido de las previsiones, en especial, las del artículo 23.2, que señala: que los ciudadanos tienen “*Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes*” y también el artículo 103.3 de la CE.⁵⁶, es considerar que estamos en presencia de un “*derecho de los ciudadanos*” al acceso al empleo público (STC 192/1991 y 138/2000, entre otras), que además goza de una especial protección de acuerdo con las previsiones del artículo 53.1 C.E., y este sentido, afortunadamente, ha sido recogido por el artículo 55.1 del EBEP, cuando establece literalmente la siguiente previsión: “*Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público...*”, y este cambio de orden de análisis de la cuestión condiciona necesariamente la línea interpretativa que debe guiar el examen de la nueva regulación establecida por el EBEP.

B) La aplicación de los Principios de Imparcialidad, Profesionalidad e Independencia en la composición de los órganos de selección (art. 55.2 EBEP).

Así, procedemos a examinar el primero de los principios, en concreto, la exigencia de “*imparcialidad*”⁵⁷, debemos recordar como el Tribunal Constitucional⁵⁸, ha señalado que esta presenta un contenido subjetivo, entendido este como la prohibición de intervención a aquellos miembros que hayan tenido una relación previa indebida o inconveniente, y por otro lado, un contenido objetivo, que al igual que en el caso anterior impide la participación pero por causa de la existencia de vínculos directos y permanentes con los ciudadanos que optan al proceso selectivo, así, no puede negarse que las organizaciones sindicales están formadas no solo por empleados públicos, sino por un amplio conjunto de ciudadanos pertenecientes gremialmente a la organización, teniendo estas establecido en sus propios Estatutos lógicamente la defensa de sus afiliados, lo que supone que difícilmente se pueda afirmar que se dan las condiciones para hablar de imparcialidad, ya que no hay duda de la existencia de vínculos directos y permanentes .

A lo anterior, también le resultan de aplicación otras previsiones recogidas por normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero que entendemos no han resultado afectadas, en el sentido de su derogación expresa o tácita, nos referimos, en concreto, a las previsiones de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 LRJPAC que regulan las causas legales de

⁵⁶ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., (2005), “El Acceso y la Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”, Aranzadi- Pamplona, págs. 54 y ss., e igualmente PUERTA SEGUIDO, F., (2003), “La consolidación del Empleo Público Precario”, Lex Nova – Valladolid, págs. 47 y ss., y por último, el gran trabajo de FERNANDEZ FARRERES, G. (1992), “Régimen Jurídico de la Función pública y Jurisprudencia Constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 12, Centro de Estudios Constitucionales- Madrid, págs. 61 y ss.

⁵⁷ No hay que olvidar cual es la razón que ha animado al legislador ha incorporar la exigencia como principio básico la imparcialidad, y que no es otra, como ya manifestó la Comisión de Expertos, que la confirmación de que nuestro sistema de selección se ha visto afectado en demasiadas ocasiones por el clientelismo social y político, y estas previsiones se han diseñado con la única finalidad de evitar, en la medida de lo posible, el lastre que presenta nuestro sistema en estos momentos.

⁵⁸ Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional son referidos especialmente al ámbito judicial, si bien, sus consideraciones son de directa aplicación a nuestro caso, así destacan SsTC 5/2004, 240/2005, 306/2005 y 55/2007).

abstención y recusación.

En cuanto, a la **profesionalidad** esta debe ser entendida como la obligación de que “*todos*” los miembros, sin excepción, estén en posesión de los conocimientos necesarios en las materias sobre las que versa el proceso selectivo, como principio de especialización, por ello, debemos felicitarnos por la incorporación al texto del Estatuto Básico de una exigencia que hasta el sentido común demandaba y la propia garantía de aplicación del principio de objetividad en el desarrollo del procedimiento.

Por último, con relación al **Principio de Independencia**, hay que entender el mismo, como ya ha señalado la doctrina⁵⁹, en el sentido que los órganos de selección no pueden estar sujetos a instrucciones de ningún tipo, ni a interferencias o influencias espurias por parte de persona u organización alguna.

C) Examen del Derecho de libertad sindical: ¿Hay colisión entre este derecho y la decisión legal de exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás órganos de representación de los órganos de selección ?.

Entendemos que con criterio coherente de estudio resulta preciso comprobar si pudiera existir alguna clase de colisión con el ejercicio de la libertad sindical como organizaciones sindicales y también de los derechos de los órganos unitarios de representación⁶⁰.

A) Análisis de la configuración del Derecho de Libertad Sindical en el orden constitucional español.

La Constitución Española regula de forma detallada este derecho a través de las previsiones de los artículos 7 y 28.1 de la Constitución Española, habiéndose realizado el desarrollo de este derecho fundamental por medio de la Ley 11/1985 de 2 de agosto, Orgánica de Libertad Sindical, siendo este, en principio, el marco jurídico esencial al objeto de delimitar el alcance jurídico material de este derecho fundamental.

Así, se ha expuesto por la doctrina laboral⁶¹, que en la configuración de este derecho se puede hablar de un contenido individual y otro colectivo, el primero de ellos respondería al conjunto de derechos de los que serían titulares los trabajadores individualmente considerados (artículo 28.1 C.E.), y en cuánto, a su ámbito colectivo nos encontraríamos ante los derechos que les correspondería a los sindicatos constituidos (artículo 7 y 28.1 C.E.).

Ahora bien, nos parece más clarificadora para el objetivo de este trabajo, la clasificación de *Albiol*⁶², así, se puede afirmar que existe un contenido esencial de la libertad sindical, directamente

⁵⁹ SANCHEZ MORON, M. (2007), “Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público”, Lex Nova – Valladolid, pág. 399.

⁶⁰ Debemos destacar el pronunciamiento del TSJ de Cantabria, en su Sentencia de 10 de Diciembre de 2008, en la cual se declara expresamente que la exclusión de las organizaciones sindicales en los órganos de selección, de ninguna forma supone una violación del derecho de libertad sindical.

⁶¹ PALOMEQUE LOPEZ, M.C., coautor con ALVAREZ DE LA ROSA, M., (2005), “Derecho del Trabajo”, Editorial Ramón Areces, Madrid – págs. 311 y ss., para una exposición complementaria ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.E., (2002), “Derecho del Trabajo”, Civitas – Madrid, págs. 613 y ss. y por último, RODRIGUEZ PIÑERO, M. (1986) - Coordinador-, “Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, Tecnos – Madrid.

⁶² ALBIOL MONTESINOS, I., coautor junto a SALA FRANCO, T., (2003), “Derecho Sindical”, Tirant Lo Blanch (9ª Edic.) – Valencia, pág. 44., y en concreto, Albiol señala:

“Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que existe un “*contenido esencial y otro adicional del derecho de libertad sindical*”, debiendo entender que en relación al primero de estos:

a) El contenido esencial supone no solo el derecho de constituir sindicatos y el de afiliarse a los mismos, sino también que las organizaciones sindicales realicen las funciones que de ellos es dable esperar, dentro del Estado Democrático Constitucional⁶², constituyendo todo ello, el núcleo esencial del derecho.

Por ello, si se analiza de forma coordinada las previsiones de los artículos 7 y 28.1, a las organizaciones sindicales les corresponde “*el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen*

derivado de las previsiones de los artículos 7 y 28.1 de la C.E., si bien, ese contenido no puede ser considerado como un listado cerrado y completo según indica el Tribunal Constitucional, en su **STC 23/1983**.

Así, tras haber examinado el denominado “*contenido esencial*” del derecho de libertad sindical, no es posible reconducir a su ámbito la existencia de un derecho constitucional de participación en los mismos, por ello, podemos afirmar, a nuestro juicio, que este derecho de participación fue reconocido hasta este momento por medio de diversos instrumentos normativos (R.D. 364/1995 y los correspondientes Convenios Colectivos aplicables en cada una de las Administraciones Públicas), todos ellos, de rango jerárquico inferior a la Ley, y por lo tanto susceptibles de modificación o supresión sin colisión legal alguna con el orden constitucional, por ello, a nuestro juicio, tiene amparo legal y constitucional la decisión emanada de las previsiones del artículo 60.3 del EBEP.

B) Examen del régimen de participación de los órganos unitarios de representación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (Juntas de Personal y Comités de Empresa).

En relación a las denominadas “*Juntas de Personal*”, órganos de representación específicos para el personal con relación jurídico funcional, debemos remitirnos directamente a las propias previsiones del EBEP, en concreto, las previsiones del artículo 40 del citado cuerpo legal, y tras un examen detallado del mismo se puede afirmar, sin duda alguna, que estas no ostentan competencia o derecho alguno con respecto a esta cuestión, con lo cual no puede alegarse en ningún momento que estemos en presencia de un contenido adicional a la libertad sindical constitucionalmente reconocida a las organizaciones sindicales.

Por otro lado, nos encontramos con la figura de los Comités de Empresa, cuyas competencias se encuentran reguladas básicamente en el artículo 64 del RDL 1/1995, del Estatuto de los Trabajadores, tras su última modificación operada por la Ley 38/2007, de 16 de Noviembre, el cual tras proceder del mismo modo que en el caso anterior y examinar la doctrina laboral al respecto⁶³, nos lleva a la conclusión que, en ningún caso existe reconocimiento legal alguno a la participación en los órganos de selección en las administraciones públicas y menos aún en el ámbito de la empresa privada.

C) Estudio del contenido jurídico material de la expresión “representación”.

Recordemos que el texto del precepto señala que la participación en los órganos de selección deberá ser siempre a título individual, no siendo admisible actuar en representación o por cuenta de nadie.

Así, con relación a los conceptos de “*representación o por cuenta*”, podemos señalar que efectivamente nos encontramos ante instrumentos jurídicos de amplio arraigo en nuestro

manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 en su vertiente colectiva” (SsTC 45/1984 y 39/1986).

Así, entiende *Albiol*, que estos derechos necesarios a incluir en el contenido del derecho de libertad sindical, son los siguientes: negociación colectiva, huelga e incoación de conflictos (**SsTC 39/1986 y 9/1988**).

b) A ese ámbito esencial del derecho debe añadirse un contenido adicional, así reconocido por el Tribunal Constitucional en su **STC 9/1988**, de forma que el derecho de libertad sindical quedaría integrado por los derechos o facultades básicas que el ordenamiento jurídico les reconocería, lo que por otro lado no impide que los mismos puedan ser objeto de modificación o incluso supresión (**SsTC 9/1988 y 61/1989**).”

⁶³ GALIANA MORENO, J. (2005), en AA.VV. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Pamplona, págs. 561 y ss., asimismo, ALBIOL MONTESINOS, I. (2003), págs. 202 y ss., y para un examen más amplio de la cuestión es muy recomendable la obra SEMPERE NAVARRO, A.V., (coordinación), de AA.VV. (2007) “Gobierno de la Empresa y participación de los Trabajadores: Viejas y nuevas formas institucionales (XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, y por último, con referencia al ámbito de influencia de la normativa europea al respecto y en especial la cuestión del Comité de Empresa Europeo, DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C. (1997), “El Papel de la participación en las nuevas Relaciones Laborales”, Civitas, Madrid.

ordenamiento jurídico privado, es decir, nuestro Código Civil, y a ello, debemos añadir que estos también han sido objeto de un amplio estudio por parte de la doctrina civilista⁶⁴, la cual claramente diferencia entre la llamada “*representación indirecta*”, que supone que el representante realiza el acto en nombre propio, aunque por cuenta de otro, y por otro lado, tenemos la llamada “*representación directa*”, en la cual el representante realiza el acto a nombre del representado, pues bien, no existe duda de que las previsiones del apartado tercero del artículo 60, comprende de modo expreso ambos tipos de representación, dicho lo cual, debemos partir de una primera consideración básica, que los nombramientos de miembros de órganos de selección, siempre se realizaban en respuesta a una cuota reservada a estas organizaciones, las cuales designaban las personas que les iban a representar como organización y dentro de su cuota, con independencia de si su actuación respondía más a una representación indirecta o directa, por lo cual no existe duda de que se cumplen los notas básicas reconocidas tanto por la doctrina civilista como por nuestro propio ordenamiento jurídico, para afirmar que estamos en presencia de un proceso de otorgamiento de representación, lo cual, se encuentra de modo expreso prohibido por el precepto analizado del EBEP.

Es cierto, que ante este panorama se intenta seguir nombrando a representantes de las organizaciones sindicales, pero de forma encubierta, es decir, respetando de “*facto*”, la cuota pactada, si bien, “*formalmente*”, el nombramiento se hace a título individual, entendemos que estamos en presencia de un “*fraude legis*”, que con un examen detallado de las convocatorias y las adscripciones sindicales de algunos de los miembros de los órganos de selección, en vía jurisdiccional no sería excesivamente complicado conseguir la nulidad del nombramiento, y en especial, si estos recaen en personas con cargos en órganos de representación, institucionales (Mesas de negociación) u organizativos en su propio sindicato.

III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.-

Expuestas las razones por las que, a nuestro juicio, justifican adecuadamente la posición de considerar que las organizaciones sindicales, miembros de órganos unitarios de representación de empleados públicos, asociaciones profesionales y similares se encuentran legalmente excluidas de los órganos de selección, y haber realizado un recorrido por el “*iter*” seguido por la propuesta formulada por la Comisión de expertos redactores del proyecto del EBEP, como asimismo, la gestación de la norma aprobada por el Parlamento, en especial la “*ratio legis*” de la misma, procede realizar un examen de lo acaecido en estos tres últimos años, tanto en el ámbito dogmático como el jurisprudencial y en la aplicación práctica de las citadas previsiones.

a) Posiciones Doctrinales:

A este respecto, vamos a realizar unas consideraciones lo más breves posibles, dado que entendemos que este ámbito ya ha sido reseñado anteriormente con algún detalle, y además, a los efectos de extraer unas conclusiones ilustrativas para el día a día pueden resultar interesantes pero desde luego no definitivas.

Por ello, nos limitamos a señalar que la Doctrina Administrativa especializada en el ámbito del empleo público se ha manifestado de forma unánime a favor de la citada exclusión, adoptando cada uno de los autores diferentes argumentaciones que por límites de espacio y tiempo no podemos detallar, pero si destacar que en lo esencial son coincidentes, y que en ningún caso contradicen o rechazan ninguno de los argumentos anteriormente expuestos por este ponente, por ello, nos limitamos a remitirnos a una breve referencia bibliográfica de los principales autores⁶⁵, si bien, también existen algunas opiniones que adoptan una posición intermedia como en el caso de

⁶⁴ CASTAN TOBEÑAS, J., (2005) “Derecho Civil Español Común y Foral” Tomo I – Vol. I, págs. 592 y ss., también ESPIN CANOVAS, D. (1978), “Manual de Derecho Civil Español” Vol. I, págs. 451 y ss.

⁶⁵ SANCHEZ MORON, M. (2007) “Comentarios al EBEP”, Lex Nova – Valladolid; CASTILLO BLANCO, F. y JIMENEZ ASENSIO, R. (2009), “Informe sobre el Empleo Público Local”, Fundación Democracia y Gobierno Local- Madrid; ORTEGA ALVAREZ, L. “Estatuto Básico del Empleado Público” (2008), LA LEY-WOLTERS – Madrid.

ALFONSO MELLADO, a las que haremos referencia posteriormente con más detalle.

b) Interpretación por parte del Consejo de Estado.

Resulta de gran interés la posición mantenida por el Consejo de Estado, en un Dictamen emitido hace muy poco tiempo, en concreto, nos referimos al Dictamen nº 796/2010/263/2010, de fecha 17 de junio de 2010, emitido con motivo de la petición formulada por la Comunidad Autónoma de Cantabria, con relación a la modificación del artículo de las Normas Marco de los Cuerpos de Policía Local de Cantabria referida a la composición de los tribunales de selección, y con relación a la cuestión que nos afecta manifiesta:

*“El artículo 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto Básico del Empleado Público, dispone que “la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”. Y, en atención a la claridad de este precepto, **no se ha suscitado duda alguna acerca de la ausencia de los representantes sindicales en los tribunales de oposiciones u órganos de selección**”.*

La claridad del pronunciamiento deja poco espacio para cualquier comentario añadido, simplemente destacar que su posición confirma las posiciones favorables a la exclusión anteriormente señaladas.

c) Examen de la Jurisprudencia.

De forma previa, debemos señalar que en esta materia los pronunciamientos jurisdiccionales son en estos momentos todavía cuantitativamente muy pocos, y cualitativamente escuálidos, además de referirse todos ellos al ámbito del personal laboral, con excepción de la referida al personal estatutario del ámbito sanitario, y ninguna de las sentencias se refiere a procesos de selección de personal funcionario o laboral en procesos selectivos ordinarios y de carácter general en las diferentes administraciones públicas (Estatal, Autonómica y Local).

1.- Reconocimientos a favor de la participación sindical en los órganos de selección:

a) Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 3 y 4 de Diciembre de 2009, que resuelven el mismo supuesto fáctico, y con las mismas partes, en concreto, estamos ante recursos interpuestos contra la decisión de la “Entidad Pública Empresarial ADIF”, entre otras cuestiones por la pertenencia a los órganos de selección, que conforme declara el hecho quinto de la sentencia:

“...los representantes de los trabajadores por el comité general, a propuesta de los sindicatos CC.OO y UGT, quienes identificaron, junto al nombre de los elegidos, la pertenencia al sindicato correspondiente”.

Debe tomarse en consideración que el X Convenio Colectivo aplicable establece en su artículo el art. 112, la composición de los Tribunales de evaluación:

“Dos Vocales, Representantes del Personal, designados por la Representación Sindical.”.

A la vista de lo anterior, continua la sentencia señalando:

“El art. 60, 3 del EBEP dice lo que sigue:

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

La DA 3ª del RD 66/2008, de 25 de enero, dice lo siguiente:

“La composición de los tribunales y órganos de selección se atenderán a lo establecido en el art. 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

De conformidad con lo establecido en el mismo, no podrán formar parte de comisiones de selección o de los tribunales de pruebas selectivas para ingreso en cuerpos o escalas de funcionarios o en categorías de personal laboral, quienes tengan la consideración de alto cargo de acuerdo con lo establecido en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del

Estado".

Es evidente, por tanto, que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie, de conformidad con lo establecido en el art. 60, 3 del EBEP, **lo que no significa que los vocales no puedan ser nombrados por la representación sindical, sino que el nombramiento no puede realizarse para que representen a la organización sindical, debiendo representarse a sí mismos, pretendiéndose evitar, de este modo, por el legislador que se produzca ningún tipo de actividad clientelar en los procesos selectivos de ingreso en las empresas,** reiterándose dicho mandato por la DA 3ª del RD 66/2008, de 25 de enero.

Por consiguiente, probado que los "vocales sindicales" del Tribunal evaluador fueron elegidos formalmente por el comité general de empresa y realmente por los sindicatos mayoritarios, como se desprende del hecho probado quinto, **probándose que la sigla aparecía junto al nombre del elegido, debe convenirse con los demandantes, que dicha actuación constituyó clara vulneración de los preceptos antes dichos,** pero al igual que con los certificados médicos previos debería saldarse, caso de no haberse declarado la nulidad de la convocatoria por otras causas, con la anulación de los nombrados, en tanto que representantes de los sindicatos mayoritarios, para que el comité general de empresa proceda a nombrar dos vocales sin relacionarlos con ningún sindicato.

b) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 15 de Diciembre de 2009.

En este caso nos encontramos ante un supuesto semejante, es decir, recurso formulado contra la designación de órganos de selección para el reclutamiento de personal de la "Entidad Pública Empresarial RENFE", en este caso, los vocales en representación de los trabajadores fueron elegidos entre los propuestos por los sindicatos con mayor representatividad en el Comité general de Empresa, sin que constara su filiación. Pues bien, pocas conclusiones se pueden extraer sobre su pronunciamiento al respecto, dada la absoluta falta de motivación de la misma, ya que se limita a señalar expresamente:

"En último lugar se alega que el Tribunal establecido en la convocatoria de selección estará compuesto por un Presidente y tres vocales. El Presidente y uno de los vocales designados por la empresa y los otros dos están designados entre los representantes de personal propuestos por CC OO y SEMAF. Según el letrado de la actora este sistema vulnera lo dispuesto en el art. 60.3 de la L. 7/2007 de 12 de abril en el que se establece que la pertenencia a los Tribunales u Órganos de Selección lo será a título personal no en representación de nadie. Además este hecho, en su opinión, no solo es muestra de la falta de imparcialidad del tribunal sino que lesiona el derecho del sindicato demandante a la acción sindical.

Ninguna de estas alegaciones puede prosperar."

2.- Reconocimientos en contra de la participación sindical en los órganos de selección:

A este respecto solo podemos señalar una única sentencia, en concreto la dictada por el **TSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 22 de septiembre de 2008.**

Hay que efectuar una advertencia previa, y es que la misma se refiere al ámbito del personal estatutario al servicio del Servicio Andaluz de Salud, pues bien, en este caso estamos ante la exclusión de la representación sindical de los órganos de selección, así señala en su fundamento jurídico sexto lo siguiente:

"En relación a este punto debe desestimarse también la demanda: aparte de que no se indican en la misma los preceptos concretos y singulares de las leyes citadas -9/1987 y 11/1985 -, que hubieren sido violentados por la norma impugnada, es lo cierto que la presencia de los sindicatos en la selección de los cargos en modo alguno es preceptiva, tal como se desprende tanto del art. 3 del Estatuto Marco en desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud, -la norma no concede oportunidad de la participación sindical-, como tampoco el art. 60 del Estatuto Básico del

*Empleado Público , Ley 7/07, de 12 de Abril , que al disponer que “...los órganos de selección serán colegiados..., no pudiendo formar parte de ellos el personal de elección o de designación política..., siendo siempre a título individual la pertenencia a tales órganos, sin posibilidad de ser ésta en representación o por cuenta de nadie”, **está, sin duda, regulando un sistema de selección que prima principios tales como los de “profesionalización” de los órganos de selección, de exclusión de los mismos de personal electivo o de designación política, así como de exclusión de la asistencia por representación, en principio extraños al espíritu que informa el carácter de lo pretendido por el Sindicato actor.**”*

Y este es el escuálido panorama jurisprudencial que tenemos con respecto una cuestión tan esencial como la participación de los representaciones sindicales en los órganos de selección, a la vista de lo cual podemos formular unas breves consideraciones:

1.- Del examen de las sentencias citadas anteriormente, hay que destacar un cuestión fundamental, y es que las mismas no pueden, en ningún caso, ser consideradas como jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico conforme lo establecido en el artículo 1º.6 del Código Civil, por ello, en el mejor de los casos solo podemos hablar de meras opiniones judiciales.

2.- En cuanto a las sentencias favorables al reconocimiento de la representación sindical en los órganos de selección, lo primero que debemos indicar es que solo una de estas realiza una exposición razonada, de la misma se desprende las siguientes conclusiones:

a) Que los miembros de los órganos legales de representación de los empleados públicos (Comité de Empresa y Junta de Personal) pueden formar parte de los tribunales.

b) Por el contrario no pueden formar parte de los órganos de selección, los miembros de los órganos institucionales de las organizaciones sindicales, ya que, considera: **que el nombramiento no puede realizarse para que representen a la organización sindical, debiendo representarse a sí mismos”**.

c) Por último, podría considerarse en una interpretación extensiva de la citada sentencia, que se reconoce la posibilidad de nombramiento por parte de los órganos de representación legal de los empleados públicos, de representantes que no sean miembros de los citados órganos de representación de los empleados públicos e institucional de las organizaciones sindicales, siempre y cuándo actúen por su propia cuenta.

3.- Resulta realmente sorprendente la argumentación utilizada por la Audiencia Nacional, dado que rechaza el nombramiento en representación expresa de una organización sindical, pero admite la realizada por los órganos de representación, y la pregunta sería, ¿Quiénes forman parte de los órganos de representación?, pues la respuesta es clara, los miembros de las organizaciones sindicales, en principio excluidas, las cuales son las que elaboran las listas electorales que concurren a los procesos electivos, y los resultados electorales obtenidos son atribuidos directamente a estas mismas, lo que permite determinar el cálculo que atribuye cuales son las organizaciones más representativas, en los términos establecidos por la LOLS.

Acaso lo que nos quiere decir la Audiencia Nacional en su sentencia, es que si el miembro del Comité de Empresa o de la Junta de Personal, es designado por medio de un acuerdo adoptado en un “café”, ya que no admite el nombramiento formal, entre los miembros de la representación sindical, con independencia de que el mismo sea afiliado a una determinada organización y además haya conseguido su designación en una lista electoral autorizada legalmente y representando a un concreto sindicato, entonces si es legal su participación en un Tribunal, por que entonces por intervención divina, ese representante actúa, a partir de ese momento, a título individual y desaparece durante ese periodo de tiempo su condición de representante legal de una organización sindical. Realmente, a nuestro juicio, nos resulta que la argumentación del Tribunal resulta no solo contradictoria sino que nos lleva a una solución absurda, que además parece desconocer el sentido de los términos del artículo 60.3 del EBEP, en cuanto a la configuración legal de los conceptos “representación o por cuenta de nadie”, que ya hemos explicado anteriormente y a los cuales nos remitimos.

Quizás la única explicación razonable, sería que solo los miembros de los órganos de representación que hubieran concurrido al proceso electoral a título individual y personal, lo que solo es posible en aquellas administraciones donde por el número de empleados solo puedan elegirse delegados sindicales, lo cual no es realidad mayoritaria, pues a estos efectos una agrupación de trabajadores también formaría parte del concepto excluido de organizaciones de representación de intereses profesionales, serían los habilitados legalmente para formar parte de los órganos de selección, lo cual resultaría también, a nuestro juicio, carente de fundamentación además de discriminatorio, violentando el principio de igualdad y por ende, incidiendo en el derecho de libertad sindical, por ello, también debemos rechazar esta posibilidad.

Con relación a la última de las posibilidades interpretativas, es decir, el nombramiento de representantes no miembros de los órganos de selección, volvemos a la misma contradicción ya señalada, así, se exigiría que su nombramiento fuera realizado por los órganos de representación legal, pero que el mismo no supusiera una representación de las organizaciones sindicales, y ahora, con perdón, la pregunta es obvia, ¿Quién forma los citados órganos?, pues los representantes elegidos en las listas encabezadas por las siglas de los sindicatos, sinceramente nos parece que estamos en presencia de un manifiesto “desiderátum”. Parece pues, que la solución del Tribunal responde al famoso refrán “ojos que no ven, corazón que no siente”, es decir, no haga usted referencia alguna a cual es el origen del nombramiento de representantes, y entonces no hay problema, quizás para alguno pueda ser la solución perfecta, pero a nuestro juicio, ello supone un manifiesto “fraude legis”.

Por último, en cuanto a la sentencia del TSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 22 de septiembre de 2008, debemos manifestar que la misma tampoco supone un alarde expositivo de razonamientos, con lo cual nada podemos añadir, salvo remitirnos a nuestro estudio que defiende la exclusión.

Por todo ello, debemos reiterar que en el momento actual el desarrollo de la Jurisprudencia con respecto a este tema, aporta muy poco, y en todo caso presenta múltiples deficiencias axiológicas, de forma que su valor es mínimo.

d) Especial referencia a la cuestión de la participación sindical en los procesos selectivos en el ámbito de las relaciones jurídico laborales, en concreto, el artículo 61.7 del EBEP.⁶⁶

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta necesario examinar de forma detallada y sistemática las previsiones del artículo 61.7 del EBEP, precepto que es resultado de las negociaciones con las organizaciones sindicales a las que nos hemos referido anteriormente, y cuyo contenido se hace, en principio, difícil de determinar, en concreto, nos referimos al acotamiento jurídico material de la facultad reconocida a las organizaciones sindicales para *“negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de procesos selectivos”*.

Así, conviene realizar unas reflexiones sobre el contenido del precepto, ya que, como veremos posteriormente en la aplicación práctica del artículo 61.7 del EBEP se está produciendo un vaciamiento del contenido las previsiones del artículo 60.3 del EBEP, por lo tanto, estimamos necesario formular las siguientes consideraciones:

a) No hay duda de que las previsiones de este apartado 7º, únicamente alcanzan al ámbito de las relaciones laborales y las organizaciones sindicales que desarrollen su actividad en ese sector, quedando expresamente fuera de su objeto, los órganos de representación legal de los trabajadores, así como los funcionarios y sus instrumentos de negociación (Acuerdos y Pactos), si bien, esta apreciación inicial, como veremos después, no resulta del todo cierta.

b) Una premisa esencial a tener en cuenta, es que las previsiones del artículo 60.3 del EBEP, se configuran como norma expresamente prohibitiva de carácter general y los efectos de su extensión alcanzan por razones constitucionales (naturaleza básica) a todas las administraciones

⁶⁶ Con referencia a esta cuestión, debemos remitirnos a nuestro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, págs. 230 y ss.

públicas, y por razones subjetivas resulta de aplicación al conjunto de las relaciones de empleo público (funcionarios y laborales), por ello, este apartado séptimo del artículo 61 no puede ser interpretado en colisión con las exigencias legales del precitado artículo, sino que el mismo debe ser integrado dentro del sentido general establecido de prohibición expresa de la participación sindical en los órganos de selección.

c) A la vista de lo expuesto, examinemos detalladamente el contenido del precepto, así, este establece que lo que se permite negociar son únicamente “formas de colaboración”, lo que supone, a nuestro juicio,⁶⁷ que en ningún caso estas pueden suponer una participación ni tan siquiera indirecta (en este sentido ya se ha planteado en algunos municipios la figura del observador), en los órganos de selección, dado que prevalece necesariamente el mandato general del artículo 60.3 de aplicación también al personal laboral.

Lógicamente debemos preguntarnos entonces cuál es el ámbito material donde se debe desarrollar esa colaboración, así, entendemos que debe acotarse el mismo, desde un criterio positivo, y por otro lado, a través de la vía de exclusión, así:

a) Empezando por el último de los criterios, como ha señalado Sánchez Morón⁶⁸ esta colaboración no puede poner en cuestión, en ningún caso, el derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público, asimismo, como ya hemos indicado anteriormente, en ningún caso se pueden incumplir las previsiones del artículo 60.3 del EBEP.

b) Por otro lado, el EBEP ha modificado el régimen jurídico aplicable, sobre las materias que pueden ser objeto de negociación, pues recordemos que la Ley 9/1987 LORP, establecía en su artículo 32 g) la consideración de materia negociable “*los sistemas de ingreso..... de los funcionarios públicos*”, no estableciendo el artículo 34 de la LORP ninguna excepción sobre esta materia como no objeto de negociación.

De forma, que ahora nos encontramos, con las previsiones del artículo 37.1 c) del EBEP que declara como materia objeto de negociación “*las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso....*”, como se puede comprobar con una simple lectura comparativa, las previsiones actuales son mucho más restrictivas que las anteriores, a nuestro juicio, la negociación queda limitada a la negociación de una futura Ley de función pública y su Reglamento de desarrollo, y en todo caso alguna Orden de naturaleza normativa⁶⁹, pero resulta imposible descender más allá en la negociación, a diferencia de la anterior situación, y ello, por la previsión del artículo 37.2 e), que complementa las previsiones anteriores, al declarar de forma expresa la exclusión de la negociación de la “*regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público...*”, es decir, a simple título de ejemplo, las Bases de cualquier convocatoria quedarían excluidas de negociación sindical.

Ubicada la cuestión desde un punto de vista sistemático, y desde un criterio positivo procede realizar un examen más detallado sobre el alcance y aplicación de las previsiones del artículo 37.2 del EBEP, así, conforme manifiesta la doctrina⁷⁰, el mismo resulta de aplicación común a funcionarios y laborales⁷¹, así, fijado el límite subjetivo de aplicación del artículo 37, se puede

⁶⁷ En este mismo sentido se han pronunciado SANCHEZ MORON, M. (2007), págs. 413 y ss. y también ORTEGA ALVAREZ, L. en ponencia expuesta en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), en Santander, dentro del Curso denominado: “El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, organizado por el MAP y celebrado los días 3 al 7 de septiembre de 2007.

⁶⁸ SANCHEZ MORON, M. (2007), pág. 414.

⁶⁹ Con relación a esta cuestión y en ese mismo sentido se ha manifestado ROQUETA BUJ, R., (2007), “El Derecho de Negociación Colectiva en el EBEP”, Madrid- La Ley, pág 170.

⁷⁰ SANCHEZ MORON, M. (2007), págs. 293 y ss.

⁷¹ A nuestro juicio, esta afirmación no puede ser tan general, sino que es preciso colocar esa declaración en su correcta ubicación con relación a las previsiones del artículo 36. 2 y 3 del EBEP, en concreto, su declaración de que las materias recogidas en el artículo 37 del EBEP, serán objeto de negociación en los ámbitos de las diferentes Mesas de Negociación, siempre y cuándo afecten a materias “comunes” al personal funcionario y laboral.

afirmar, a nuestro juicio, que la materia de selección que es común a ambos tipos de personal se encuentra por ello sometida a las previsiones del citado precepto, dicho esto, resulta imprescindible destacar que el artículo 37.2 del EBEP declara que quedan excluidas **“de la obligatoriedad”** de negociación, *“la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público..”*, lo que a *“sensu contrario”*, significa que es posible, si existe una decisión compartida entre los agentes negociadores (incluidos los funcionarios), incluir estas materias en los procesos de negociación, así pues, según nuestro criterio, este sería el posible espacio jurídico material que podría ser objeto de negociación y, como consecuencia de ello, dentro de este, establecer las denominadas medidas de colaboración.

Estas consideraciones formuladas hace ya algún tiempo por este ponente en un anterior trabajo, parece que han sido asumidas por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, en su Sentencia de 15 Feb. 2010, con relación a un conflicto suscitado por el Comité de Empresa contra la Entidad Pública Empresarial “Empresa Autoridad Portuaria de Gijón”, que declara:

a) La prevalencia sobre las normas convencionales de las previsiones de la Ley 7/2007 EBEP: *“...difícilmente se puede justificar que las previsiones de un Convenio Colectivo puedan dejar sin efecto lo previsto en normas imperativas o de ius cogens que tratan de tutelar el interés general en el acceso al empleo público, también reconocidas en la Constitución en los artículos 23 y 103, que no tienen otro objetivo que optimizar la satisfacción del interés público pretendiendo que ostenten empleos públicos, y de la mejor forma que se puedan adecuar a los perfiles previstos, valorándose el mérito y la capacidad.”*

b) La legitimación para negociar las fórmulas de *“colaboración”*, corresponde en exclusiva a las organizaciones sindicales, quedando excluidas de la citada facultad los órganos de representación unitaria del personal laboral, así señala: *“Ciertamente el artículo 61.7 del EBEP señala que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración de las Organizaciones Sindicales, que no de los Comités de Empresa o Delegados de Personal, en los procesos selectivos, lo que se hará a través de la vía convencional.”*

c) Las previsiones del artículo 61.7 del EBEP, no pueden ser interpretadas, en contra de lo establecido en el artículo 60.3 del mismo cuerpo legal, de forma que:

De ahí que haya que ser muy cautelosos a la hora de fijar los términos de aquella colaboración. De entrada no se pueden contrariar previsiones normativas como la que se señalaba en relación con la composición de las comisiones de selección.

d) El ámbito de la colaboración se encuentra limitado por el marco legal ya citado, y por ello, el mismo se encuentra limitado en el siguiente sentido:

“Además la participación debe moverse en el ámbito de esa colaboración, es decir, de la facilitación del proceso a través de sugerencias y propuestas que ayuden a hacer efectivos los principios que presiden el proceso selectivo y que persiguen una adecuada satisfacción del interés general.

.....colabora con la elaboración de las bases y por tanto en la fórmula de valoración de los méritos que se pudieran invocar, negociación que alcanzó también al procedimiento que incorporaba dichas bases y al propio procedimiento de selección en sí, negociándose una composición de las comisiones de selección conformada por personas que a juicio del Comité de empresa se ajustaban al perfil idóneo”.

Lo más destacado de este último pronunciamiento, es que la negociación sobre los miembros del tribunal solo alcanzaba a la fijación de los requisitos profesionales y técnicos que debían reunir los mismos, solución que, a nuestro juicio, resulta plenamente respetuosa con las previsiones del EBEP, y la *“ratio legis”* del mismo.

Ahora bien, del mismo modo que como indicábamos anteriormente la jurisprudencia resulta absolutamente escuálida, y por ello, debemos reiterar en el presente caso las mismas conclusiones.

e) La cuestión de los Representantes de las Comunidades Autónomas:

Sobre esta cuestión, ya manifestamos nuestra opinión en anteriores trabajos⁷², en concreto, consideramos que existía una tácita derogación de la previsión del artículo 4º f), del RD 896/1991, por cuánto tampoco se puede admitir la participación de un “representante de la Comunidad Autónoma”, posición que quizás pueda ser matizada a la vista de algunos argumentos aparecidos recientemente en el debate jurídico, pero que en lo esencial debemos ratificar.

Dicho lo anterior, procede realizar un examen de los hitos más importante acaecidos con respecto a esta cuestión, así:

A) Debemos destacar que en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha procedido a dictar alguna circular interpretativa al respecto, y asimismo, destacan los **Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía**⁷³, cuya conclusión es favorable a la incorporación de estos representantes de la Comunidad Autónoma en la composición de los Tribunales, siendo sus argumentos esenciales los siguientes:

a) En primer lugar, el Consejo Consultivo realiza un amplio “excursus” histórico sobre el advenimiento y evolución del Estado Constitucional y la selección del personal al servicio de las administraciones públicas, para continuar su examen sobre el nacimiento y evolución del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 C.E., y para finalizar con un estudio de los criterios aprobados por la Comisión elaboradora del estudio que sirvió de fundamento para la elaboración del proyecto de Ley del EBEP, estudio de una gran calidad técnica pero que, a nuestro juicio, no aporta nada nuevo al debate planteado.

b) Así, el citado órgano consultivo en su dictamen considera inicialmente que la finalidad del precepto, en concreto, el artículo 60.3 EBEP, es básicamente la exclusión de personas que actúen en representación de intereses sindicales, corporativos, etc.

c) Continúa el Dictamen señalando que el denominado “representante de las Comunidades Autónomas”, actúa siempre a “título individual”, los cuales no pueden estar, en ningún caso, sujeto a instrucciones de la Comunidad Autónoma sobre el resultado de la selección.

d) Considera también que este representante no acude al Tribunal para hacer valer la voluntad de una “entidad representativa de intereses”, ya que estos representan a una Comunidad Autónoma, es decir, una Administración Pública, que conforme al orden constitucional, en su actuación esta sometida a los principios de sometimiento a la ley y al principio de objetividad (artículo 103.1 CE).

Ahora bien, estos criterios son, al menos discutibles a nuestro juicio, en primer lugar, por cuánto, la afirmación del citado órgano consultivo de que los miembros designados por la Comunidad Autónoma actúan siempre “a título individual”, es cuándo menos discutible, ya que la literalidad del propio precepto que sirve de fundamento para justificar este nombramiento, en concreto el artículo 4º f) del RD 896/1991, utiliza de forma literal la expresión “en representación de”, por lo cual estimamos que la interpretación que realiza el Consejo Consultivo de Andalucía es claramente voluntarista y ciertamente forzada, por cuánto intenta cambiar el sentido de la literalidad del precepto atributivo, procediendo a introducir una valoración sobre el sentido y alcance de esa representación, estimando que la misma por imperativo legal (103.1 CE) debe respetar los principios de legalidad y objetividad, pero el sentido del artículo 60.3 del EBEP, es claro no cabe la “representación”.

A lo anterior debemos añadir que, de acuerdo con el orden legal vigente, los miembros de los Tribunales de Selección están obligados a actuar siempre con objetividad, con independencia del origen de su nombramiento, pues recordemos a este respecto, su sometimiento a las reglas de la Ley 30/1992 LRJPAC, en concreto, sobre las causas de abstención y recusación, como asimismo, las medidas complementarias sobre la imposibilidad de formar parte de los mismos aquellas

⁷² FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

⁷³ Dictamen nº 83/2008, de 6 de febrero de 2008 y también, el Dictamen nº 389/2008, de 9 de julio de 2009, si bien, este último analiza la cuestión con referencia a la composición de los Tribunales de selección de las Policías Locales.

personas que hayan participado en tareas de preparación de oposiciones. Pero es más, indirectamente parece que esta aseverando que el caso de otra clase de “representación”, la objetividad sería inexistente ya que no existe mandato legal al respecto, pero eso supone que se pueda concluir que su actuación podría ser calificada como mínimo de “desviación de poder”, pero resulta que estos, también se encuentran sometidos a unas exigencias legales en su actuación, como hemos indicado anteriormente cuya finalidad también es garantizar el respeto a los principios de legalidad y objetividad, por ello, entendemos que el argumento utilizado por el Consejo Consultivo no resulta lo suficientemente sólido como para justificar el mantenimiento de la figura del representante de la Comunidad Autónoma en los tribunales de selección.

A lo anterior, debemos añadir otra reflexión en cuanto a la relación que los representantes de las comunidades autónomas mantengan con esta, ya que, en el caso de los funcionarios existe claramente una doble exigencia legal, con relación a su comportamiento en el tribunal, una derivada de su propia condición y otra de los propios límites legales exigibles a todos los miembros de los órganos de selección, pero resulta que no existe límite alguno para que por parte de las comunidades autónomas se designe como representantes a personas que no ostente la condición de funcionarios, con lo cual las exigencias legales de garantía, en cuanto a su objetividad y legalidad de actuación, se verían claramente reducidas.

B) Dicho lo anterior, con posterioridad se ha producido un pronunciamiento del **Consejo de Estado, en su Dictamen de 17 de junio de 2010**, el cual admite la legalidad de la exclusión de los representantes de las Comunidades Autónomas en los órganos de selección municipales, si bien, establece una excepción, y es la referida a la composición de los citados órganos en el caso de selección de “policías locales”, donde considera que dada la confluencia normativa de una legislación especial, citando expresamente el artículo 104.2 CE y la L.O. 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, estamos en presencia de un supuesto especial que exige un tratamiento diferenciado al resto, añadiendo que la situación especial de la mayoría de los municipios exige una colaboración externa para efectuar una adecuada selección, sinceramente nos resulta muy superficial la argumentación del Consejo a este respecto, si bien, a los efectos de lo que aquí nos interesa, lo determinante es la exclusión con relación a la generalidad de los procesos selectivos.

C) Por último, debemos examinar los primeros pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, en concreto, nos referimos a las sentencias dictadas por algunos juzgados de lo contencioso administrativo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁷⁴, que coinciden en su fundamentación jurídica a la manifestada por este autor⁷⁵, a lo que debemos añadir que estas resoluciones han sido ratificadas al resolver los correspondientes Recursos de Apelación por parte del **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla – Sala de lo Contencioso Administrativo -, en sentencias de 4 de marzo y 15 de julio de 2010**, en las cuales declaran la improcedencia e ilegalidad de que la Junta de Andalucía pretenda incorporar sus representantes en los órganos de selección, dejando fuera de sentido el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de fecha 6 de febrero de 2008.

f) Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.

Así, en los últimos meses hemos comprobado que se esta produciendo una aplicación irregular y, a nuestro juicio, ilegal de las exigencias del EBEP, en cuanto a la composición de los órganos de selección, destacando la dejadez absoluta por parte de la mayoría de las Comunidades Autónomas al respecto, así, se observara que en unos casos estos representantes han desaparecido de la composición de los tribunales municipales, pero por el contrario en otras siguen formando parte de los mismos, es decir, estamos en presencia de una disparatada ceremonia de la confusión, de difícil resolución, dado que las impugnaciones a la composición de

⁷⁴ Sentencia de fecha 7 de julio de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Córdoba y la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Córdoba, de fecha 16 de Septiembre de 2009.

⁷⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

los tribunales de selección son mínimas, por razones obvias, por lo cual resultara muy complicado que podamos obtener algún pronunciamiento jurisdiccional que resuelva de forma definitiva este conflicto.

Finalmente queremos realizar una advertencia con relación a los datos que se exponen a continuación, ya que los mismos no responden a la elaboración sistemática de un procedimiento de encuesta clásico, es decir, no tienen una naturaleza exhaustiva, pero si indicar que los mismos han sido obtenidos tras el seguimiento individualizado de todas las convocatorias publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante los periodos indicados, y consideramos que si pueden servir como un buen punto de arranque para obtener una visión general de la cuestión.

LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (2007/2010)

CONVENIOS COLECTIVOS	TOTAL: 46
1. Reconocimiento a la Participación de las organizaciones sindicales /o miembros del Comité de Empresa en la condición de observadores.	20
2. Reconocimiento a la Participación de los grupos políticos en la condición de observadores.	3
3. Reconocimiento a los miembros del Comité de Empresa, su condición de titulares de los órganos de selección.	13
4. Vocal miembro de la Plantilla, designado por el Comité de Empresa	1
5. Simple Remisión al EBEP / Declaraciones Genéricas sin concreción.	9

ACUERDOS REFERIDOS AL ÁMBITO FUNCIONARIAL	TOTAL: 9
1. Reconocimiento a la participación de las organizaciones sindicales /o miembros de Junta de Personal en la condición de titulares de los Órganos de Selección.	8
2. Remisión a las previsiones del EBEP.	1

ACUERDOS MIXTOS (LABORAL / FUNCIONARIOS)	TOTAL: 19
1. Reconocimiento a la participación de los Delegados de la Junta de Personal / Comité de Empresa como titulares de los Órganos de Selección.	6
2. Reconocimiento a la participación de los Delegados de la Junta de Personal / Comité de Empresa como observadores en los Órganos de Selección (voz / no voto).	6
3. Vocal miembro de la plantilla designado por la Junta de Personal / Comité de Empresa (con voz / sin voto).	2
4. Colaborador del Tribunal (con voz / sin voto), designado por (Junta de	1

Personal / Comité de Empresa).	
5. Representante de la Junta de Personal / Comité de Empresa para el control de legalidad sobre la actuación de los Tribunales.	1
6. Derecho a estar informados sobre el desarrollo de los procedimientos selectivos.	2
7. Derecho a negociar las fórmulas de colaboración con los Tribunales	1

OBSERVACIONES:

- a) Regulación de las Bolsas / Listas de espera.....3
- b) Referencia de carácter genérico a los procesos de funcionarización / Consolidación.....5

CONVOCATORIAS ORDINARIAS DE FUNCIONARIOS**JUNIO 2007 / DICIEMBRE 2008**

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL: 65
1. Remisión al EBEP / Normativa Local	27
2. Miembros de la Junta de Personal / Organizaciones Sindicales	12
3. Miembros de la Junta de Personal / Organizaciones Sindicales (observador con voz y sin voto)	5
4. Personal Político	3
5. Representantes de las Comunidades Autónomas	21
6- Especialización del Tribunal	0

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP**01 MAYO 2007 – 31 DICIEMBRE 2008**

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL 60
1. Remisión EBEP / Normas Locales / Genéricos a) Laboral.....9 b) Funcionario.....16	25
2. Representantes Sindicales (Miembros) (Comité de Empresa/Junta de Personal) a) Laboral.....0 b) Funcionario.....4	4
3. Representantes (Comité de Empresa / Junta de Personal) observadores (voz) a) Laboral.....1	1
4. Representantes Comunidad Autónoma a) Laboral.....8 b) Funcionario.....18	26
5. Personal Político c) Presidente.....2 – Funcionario d) Miembro.....1 – Funcionario	3
6. Especialización Tribunales	0

-Ninguno	
----------	--

CONSOLIDACIÓN DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP
2009-2010

COMPOSICIÓN TRIBUNALES	TOTAL 68
1. Remisión al EBEP / Normativa Local a) Funcionarios.....24 b) Laborales.....18	42
2. Representantes del Comité de Empresa / Junta de Personal a) Funcionarios.....1 b) Laborales.....2	3
3. Personal plantilla designado por Representante Sindical a) Funcionarios.....10 b) Laborales.....3	13
4. Representante Comité de Empresa / Junta de Personal / observador (con voz / sin voto) a) Laboral.....3 b) Funcionario.....0	3
5. Representante Comunidad Autónoma a) Funcionario.....14 b) Laboral.....9	23
6. Especialización de Tribunales a) Laboral.....1	1

IV. Acotaciones a los datos expuestos sobre la aplicación práctica de la composición de los órganos de selección.

I.- Ámbito de la negociación colectiva (Convenios Colectivos, Acuerdos y Pactos).

A) En el ámbito de las relaciones laborales (Convenios Colectivos), nos encontramos que de forma mayoritaria (casi el 80%), estos acuerdos incorporan a su articulado el reconocimiento a la participación de los representantes legales del personal laboral o de las organizaciones sindicales en los órganos de selección, tanto directamente como miembros de los mismos o en su condición de observadores, previsiones estas que a nuestro juicio, como ya hemos indicado violentan las previsiones del EBEP, incluida la fórmula de colaboración prevista en el artículo 67.1 del EBEP.

Destaca también el reconocimiento de la participación de los órganos políticos en los tribunales de selección (casi un 8%), si bien, esta tendencia se manifiesta en el periodo inicial de la entrada en vigor del EBEP (2007 -2008).

B) En los Acuerdos exclusivos del ámbito funcional y los de carácter mixto (recordemos las dudas de legalidad que asisten a su existencia), se repite la misma conclusión, es decir, el reconocimiento mayoritario de la participación sindical en los órganos de selección, llamando la atención la curiosa figura del **“Representante de las organizaciones sindicales para el control de la legalidad de la actuación del tribunal”**.

II.- Convocatorias de procesos selectivos ordinarios y extraordinarios al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria 4ª del EBEP.

A) En cuanto a la cuestión de la participación en los órganos de selección del personal de elección o designación política, destaca que en las primeras convocatorias efectuadas en la primera época tras la entrada en vigor del EBEP, se incumplió de forma manifiesta esta previsión, si bien, de forma minoritaria y que pasado cierto tiempo esta pretensión parece haber desaparecido afortunadamente.

B) Con relación a la participación de los representantes de las Comunidades Autónomas, llama la atención la perseverancia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en mantener su designación, a pesar de los pronunciamientos jurisdiccionales anteriormente examinados, las siguientes comunidades autónomas que por número de convocatorias destacan son la de Catalunya y Castilla- La Mancha. De forma global casi un tercio de las convocatorias recogen expresamente esta incorporación.

C) Por último, con relación a la incorporación a los órganos de selección de representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos de representación legal de los empleados públicos podemos formular las siguientes consideraciones:

1.- Destaca que en las convocatorias ordinarias, es menor a un tercio, las convocatorias donde se reconoce la participación de las organizaciones sindicales o de los órganos de representación legal de los empleados públicos, en esta conclusión se incluye tanto los miembros directos en los tribunales (voz y voto), como otras figuras alternativas destacando, en especial los “observadores”.

2.- En el caso de las convocatorias de procesos selectivos para la consolidación de empleo (D.T. 4ª EBEP), debemos destacar que en los primeros momentos (2007-2008), la participación de las organizaciones sindicales fue mínima, casi testimonial (8%), por el contrario, en el segundo periodo examinado (2009- 2010) se produce un incremento llamativo, pues alcanza la cifra de un (28%), estando incluidas todas las fórmulas utilizadas (miembros titulares y observadores).

A la vista de lo expuesto queremos llamar la atención sobre ciertas figuras como los “observadores o colaboradores” que hemos observado que se han incorporado a las convocatorias, además de alguna peculiar figura de la “imaginaria”⁷⁶ popular, también es reseñable la aparición de algunas propuestas de la doctrina⁷⁷, en la línea de proponer alternativas que permitan el reconocimiento de la participación de las organizaciones sindicales en los procedimientos selectivos, con las cuales debemos manifestar nuestra discrepancia, y ello, por las siguientes consideraciones:

A) Comienza la doctrina administrativa ya citada, formulando una apuesta por considerar como un elemento de la “colaboración”, la posibilidad de que las organizaciones sindicales o sus representantes sean informados sobre el desarrollo de los procesos selectivos, en este punto, nada que objetar, dado que la necesidad de transparencia en el funcionamiento de la administración, y en especial, en una cuestión tan delicada como esta nos lleva a considerar la existencia de la necesidad de acudir a mecanismos de información, si bien, la misma deberá ser objeto de precisiones en cuanto a su alcance, dado que, no parece que sea posible ir más allá de

⁷⁶ Nos referimos, en concreto, **“Representante de las organizaciones sindicales para el control de la legalidad de la actuación del tribunal”**.

⁷⁷ ALFONSO MELLADO, C.L. “La Negociación de los criterios de Selección”, Boletín CEMICAL nº 24 – Noviembre de 2009.

lo que cualquier interesado en el procedimiento tenga como derecho reconocido por su legitimación. A lo anterior debemos remitirnos a lo ya señalado anteriormente sobre el alcance de las previsiones del artículo 67.1 del EBEP y lo declarado por el TSJ de Asturias.

B) Ahora bien, dicho lo anterior procede examinar otras figuras incorporadas por las convocatorias y también admitidas por algún sector doctrinal⁷⁸, en concreto:

1.- La posibilidad de que las organizaciones sindicales o sus representantes puedan actuar como **“asesores”** de los órganos de selección, a este respecto debemos señalar que si los citados órganos se constituyen de una forma respetuosa con las exigencias legales del EBEP (artículo 60), sus miembros deberán cumplir obligadamente los principios reconocidos en el artículo 55.2 c) y d) , en especial el de “profesionalidad”, entendido como de especialidad, lo que supone que los miembros de estos órganos de selección no deberían necesitar ninguna clase de asesoramiento a la hora de ejercer su función calificadora. Así, si se reconociera la condición de “asesores” a los miembros de las organizaciones sindicales se estaría admitiendo de forma implícita que los miembros legales del órgano de selección no cumplen de forma general e indiscriminada las exigencias legales del principio de profesionalidad/especialidad, lo que nos llevaría a tener que reconocer la ilegalidad del nombramiento de los miembros del tribunal de selección.

Además, no logramos comprender de que clase de cuestiones técnicas pueden ser “asesores” las organizaciones sindicales, cuándo las AAPP, para cuestiones de toda índole, cuentan con un ingente número de profesionales que pueden “asesorar” en cualquier cuestión tanto jurídica como técnica a los miembros del órgano de selección, a lo que debemos añadir que estos tienen la obligación legal de actuar con sometimiento pleno al principio de objetividad (artículo 103.1 C.E.).

2.- La otra alternativa consiste en la posibilidad de designar en ciertas fases a las organizaciones sindicales como **“observadores”**, lógicamente sin formar parte de los órganos de selección, y cuya actuación estaría dirigida a la comprobación de la corrección del desarrollo de las pruebas.

Pues bien, a este respecto la primera que debemos formularnos sería: ¿Al no formar parte de los órganos de selección, cuál sería el contenido material de su actuación?, pues las consecuencias más inmediatas serían:

- a) No pueden asistir a ninguna sesión de los órganos de selección.
- b) Tampoco podrían vigilar la celebración “in situ” de las pruebas, dado que el control del material y del proceso de designación de los ejercicios o pruebas corresponde en exclusiva a los tribunales.

Por ello, no logramos entender cual sería el contenido material de su función como observadores, dadas las limitaciones legales explicitadas.

Por otro lado, si lo que se pretende con la propuesta es el reconocimiento de la figura del observador con asistencia a las sesiones de los órganos de selección, si bien, “sin voz ni voto”, consideramos que estaríamos ante una manifiesta infracción del “principio de independencia”, reconocido por el artículo 55.2 d) del EBEP, ya que su presencia en las sesiones solo podría servir como un elemento de “presión y condicionamiento” en las decisiones del Tribunal, y ello, es la conclusión necesaria a la vista de las conclusiones formuladas por el Informe de la Comisión de Expertos que sirvió de fundamento al actual contenido del EBEP, ya que esta denunció de forma expresa los problemas de clientelismo y presiones originados por la participación de sindicatos y personal político en los órganos de selección.

Además, nos encontramos con otros problemas como serían el cumplimiento y que formulas legales se deberían establecer, a los efectos de garantizar la no divulgación del contenido de las deliberaciones, no confundir con la motivación de las puntuaciones otorgadas.

Pero peor situación sería la generada si estos observadores tuvieran “voz” en las deliberaciones de los órganos de selección, ya que ello, constituiría una clara violación del principio de

⁷⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.

independencia, a lo que debemos añadir que quedaría seriamente dañado el cumplimiento de las exigencias del principio de “Profesionalidad/especialidad”, ya que, si estos representantes sindicales no cumplen personalmente las exigencias de los citados principios, lo cual suele ocurrir de forma generalizada, la pregunta que debemos formularnos es que sobre qué materias van a opinar, y si resultan que tienen la necesaria cualificación, lo que ocurriría es que estaríamos en presencia de un segundo tribunal “de facto”, sin el correspondiente nombramiento legal y además sin responsabilidad alguna sobre los resultados finales que adoptara el “tribunal oficial”, siendo éste último el único y exclusivo responsable de todas las decisiones, desde luego no me parece de recibo la situación ventajista que contarían en esta situación los “observadores”.

D) Por último, debemos analizar los resultados obtenidos con relación a la exigencia a los miembros de los tribunales, del cumplimiento del principio de profesionalidad (especialidad), así, debemos indicar que llama la atención que de forma unánime todas las convocatorias se limitan a exigir estar en posesión de un nivel de titulación igual o superior al exigido para el acceso al proceso selectivo, así, sobre 193 convocatorias examinadas, en un único caso se detallaba las especialidades de titulación que debían poseer los miembros del tribunal, en concreto sobre el área de psicología, este caso se ha producido en un municipio de Catalunya.

Pues bien, entendemos que esta clamorosa ausencia constituye un grave perjuicio para que los procesos selectivos puedan ser reconocidos como “profesionales y objetivos”, las razones por las cuales existe tanto reparo a la aplicación de esta exigencia legal no las conocemos, las podemos intuir solamente, pero si puedo constatar un ejemplo real⁷⁹, me refiero a la C.A. de Cantabria, donde el Gobierno Regional en sus convocatorias no respeta este principio, pero ello, tiene su origen en que las organizaciones sindicales que participan en los órganos de selección carecen de personal con las titulaciones necesarias, con este ejemplo no quiero decir que las razones sean las mismas en el resto de los casos, ya que resultaría osado con un solo supuesto extraer una conclusión general, pero lo importante a destacar es el manifiesto incumplimiento.

C) LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN ORIGINADOS POR EL ACCESO IRREGULAR A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- Análisis de la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP).

Tras un largo y muy discutido camino⁸⁰ de procesos de consolidación del empleo público temporal (contratos administrativos, interinos y laborales temporales), que la lógica del orden normativo constitucional, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el sentido común nos inducían a considerarlo terminado, nos encontramos que el legislador, sin explicación alguna, reabre de nuevo un nuevo procedimiento “restringido” de “facto” para la consolidación de las nuevas contrataciones temporales realizadas con posterioridad a los ya referidos procedimientos de consolidación, siendo además el nacimiento de esas relaciones, en muchos casos, claramente irregular sino ilegal⁸¹.

⁷⁹ Convocatoria de Oposición de plazas del Cuerpo Técnico Superior: Rama Jurídica, en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC) de 18-OCT-2010.

⁸⁰ Resulta recomendable la lectura sobre estas cuestiones de MARTIN REBOLLO, L., (1985), “*La Constitución y su incidencia en el Derecho Público Interno del Estado*”, Publicaciones Universidad de Santander, págs. 36 y ss., también ALEGRE AVILA, JM.(1989) “*La función Pública y los interinos y contratados*”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nº 243. pág. 663 y ss., del mismo autor (1993), “*De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, 151/1992 y 302/1993)*”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 3, págs. 253 y ss., y por último, RIVERO ORTEGA, R.,(2000), “*Acceso a la función Pública Autonómica y Doctrina Constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)*”, Revista de la Administración Pública, nº 151, págs. 343 y ss.

⁸¹ Esta calificación y conclusión, no es solo propia sino que también proviene del contenido de los informes tanto del Consejo Económico y Social (CES), en su Informe 3/2004, de 22 de Diciembre, sobre “*La Temporalidad en el Empleo Público*”, y también el Informe del Defensor del Pueblo (2003), sobre “*Funcionarios Interinos y Personal Eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*”.

Lo anterior, resulta más sorprendente cuándo la Comisión de expertos⁸², en su Informe manifestó expresamente que: “..debe reducirse la temporalidad en el empleo público y consolidarse en mayor medida el empleo estable, una cosa es la “consolidación de los empleos” y otra muy distinta la subjetiva o particular de aquellos empleados que se han integrado en la administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados” , no podemos adoptar otra decisión más que adherirnos a esta opinión, y por ello, rechazar las previsiones de esta disposición transitoria cuarta del EBEP, tanto por razones de lógica defensa de las exigencias constitucionales en el acceso al empleo público (23.2 y 103.3 C.E.), como de la dudosa legalidad de la misma, conforme expondremos posteriormente.

A) La Evolución Histórica de los procesos “singulares” de consolidación del empleo.

La premisa básica a tener en cuenta en esta cuestión, es que estos procesos de consolidación de empleo temporal en las diferentes Administraciones Públicas, tuvieron una justificación de carácter “excepcional y por una sola vez”, al concurrir unas situaciones fácticas totalmente delimitadas, por ello, vamos a realizar una breve comprobación de los marcos legales generales que ampararon los más importantes de estos procesos singulares y excepcionales de consolidación del empleo temporal en las administraciones públicas, así:

a) Ley 30/1984, de 21 de Agosto LMRFP, en concreto, su Disposición Transitoria sexta, que además de declarar su aplicación a la Administración General del Estado, ampliaba la misma a las Comunidades Autónomas, pues recordemos que su configuración institucional, por medio de sus Estatutos de Autonomía, era relativamente de reciente creación, competencia que fue desarrollada a lo largo de todos estos años por la totalidad de las Comunidades Autónomas, sin excepción alguna.

b) Ley 7/1985, de 2 de abril LRBRL, en concreto, su Disposición Transitoria Octava, que también incorporaba unas previsiones en el mismo sentido a las arriba indicadas para la AGE y CC.AA, justificadas ellas, en la necesidad de dar una solución a las contrataciones de personal temporal en los municipios tras la restauración del régimen democrático en los mismos.

En desarrollo de las previsiones de la LRBRL, se dictó el RD 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulaba el acceso a la función pública local del personal contratado e interino, lo que también se extendió a los funcionarios de habilitación de carácter nacional⁸³.

Este marco legal y los fundamentos fácticos que han justificado los mismos han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional, en el momento de valorar la constitucionalidad de los procesos convocados a su amparo, como también otros supuestos especiales surgidos como consecuencia de todo este proceso de transformación de nuestro Estado, en múltiples pronunciamientos, en concreto:

- 1.- Los procesos que estaban motivados principalmente por la emergencia de unas nuevas Administraciones, es decir, el nacimiento de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de los Ayuntamientos Democráticos, así, entre otras, STC 67/1989, 27/1991, 151/1992, 281/1993 y 60/1994.
- 2.- También los procesos surgidos por la creación de un cuerpo nuevo (STC 137/1986).
- 3.- Otra posibilidad resulta de la existencia de una reforma integral de un determinado sector de la Administración y Función Pública (STC 185/1994, 228/1994, 229/1994, 238/1994 y 251/1994),

⁸² “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 84 y ss., elaborado por encargo del MAP.

⁸³ A este Real Decreto se remite la Disposición transitoria quinta, dos, del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional y en el cual también se contempla la posibilidad de ver valorado el tiempo de servicios prestados como interino o contratado.

dictadas todas ellas en interpretación de las previsiones de la Disposición Adicional 5ª de la LOGSE, resaltando de las mismas la declaración que realiza el Alto Tribunal sobre la «singularidad y excepcionalidad» del sistema, añadiendo que sus características nos debe llevar a afirmar que no puede siquiera considerarse que estemos ante un concurso-oposición, sino ante un sistema singular, específico y excepcional de selección.

A la vista, de los supuestos reconocidos por nuestra Jurisprudencia Constitucional como justificativos de las medidas excepcionales adoptadas para regularizar las situaciones de empleo público, debemos preguntarnos en que situación “excepcional” nos encontramos actualmente, que permita adoptar una nueva medida de esta clase, cuándo han transcurrido más de veinte años desde que entrara en vigor el marco legal que hemos reseñado, y por lo tanto, tras regularizar esas situaciones excepcionales, las administraciones estaban obligadas simplemente a cumplir, en el reclutamiento de su personal, las normas específicas sobre empleo público que han tenido un carácter estable y constitucionalmente reconocido, en esta misma línea argumental ya se ha pronunciado también la Jurisprudencia⁸⁴.

La única situación “excepcional” que se ha podido apreciar en este periodo, estaría configurada por la existencia de un reclutamiento masivo de personal temporal (interino y laboral), sin cumplir las más mínimas exigencias legales, tanto en los procedimientos de selección como manteniendo estas situaciones de temporalidad, a pesar de las obligaciones legales de incorporar esas plazas ocupadas temporales, a las correspondientes ofertas de empleo anuales, a lo que debemos añadir, el personal laboral proveniente de contratos indefinidos concertados para la ejecución de planes y programas públicos dotados de forma no estable y de naturaleza propiamente temporal, los cuáles deberían haber extinguido su relación laboral obligadamente al amparo de las previsiones del artículo 52 e) del ET, siendo por ello importante, a este respecto, destacar que, a nuestro juicio, existe una imposibilidad de aplicación a este personal de las previsiones de esta Disposición Transitoria, dado que el mismo de forma expresa se refiere a puestos de trabajo de “carácter estructural”, no siendo admisible un posible uso torticero de la cuestión, por cuánto nos podemos encontrar con personal laboral que adquirió su condición de indefinido al amparo de un programa o plan temporal público, y en estos momentos se encuentra desempeñando un puesto de trabajo reconocido en la RPT o Plantilla, dado que el origen de su relación no es la misma que la otra categoría de los “indefinidos no fijos de plantilla”

Por lo tanto, la única excepcionalidad provendría exclusivamente de una contumaz actuación ilegal de las administraciones públicas, y desde luego, esta situación nunca puede amparar constitucionalmente, conforme los parámetros fijados por nuestro Alto tribunal, el establecimiento de procedimientos “excepcionales” de acceso al empleo público de un personal temporal, por un previo incumplimiento de la legislación vigente por las Administraciones Públicas, de forma que se desplace e inaplique de “facto” las exigencias de los artículos 23.2 y 103.3 de la C.E., y a este respecto, recordemos como nuestro Tribunal Supremo con relación a las contrataciones laborales ilegales⁸⁵, rechazó la posibilidad de establecimiento de procesos especiales, como de la

⁸⁴ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2001, que señala:

“NOVENO.- Tampoco es aplicable al caso la doctrina del Tribunal Constitucional que justifica como carácter excepcional, y por una sola vez, el favorecimiento del acceso de los interinos a la función pública, en base a la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, inicialmente aún no dotadas de una función pública propia, pues no es la primera vez que la Administración recurre a un proceso excepcional que permita un acceso más o menos indiscriminado de los interinos. Todo el personal de la época llamada preautonómica, ya se benefició de un proceso esencialmente privilegiado, que concluyó con la incorporación a la función pública, como funcionarios de carrera, del personal interino entonces contratado. Antes de los Decretos de transferencia del período 1986-1989 la Administración autonómica ya había hecho uso de este procedimiento excepcional. Y ante las nuevas competencias transferidas la Administración autonómica hizo uso por tres veces de estas medidas excepcionales, incorporando a la función pública a un determinado número de funcionarios interinos.”

⁸⁵ STS 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril de 1998, 19 y 26 de enero de 1999, 8 febrero, 29 mayo y 29 de noviembre de 2000, entre otras muchas.

posibilidad de consolidación de esa situación, exigiendo la convocatoria de las citadas plazas ilegalmente cubiertas.

B) Análisis de las concretas previsiones de la citada Disposición Transitoria cuarta del EBEP.

De inicio, a la vista de lo expuesto anteriormente, resulta dudosa la constitucionalidad del precepto, en cuánto, a la posibilidad de que las Administraciones Públicas, en el momento actual, para proceder de nuevo al establecimiento de nuevas pruebas “*restringidas de facto*” para consolidar el empleo público, cuándo esa situación, sin ningún tipo de duda, proviene de una actuación ilegal de las administraciones públicas, y ello, tras más de veinte años desde la aprobación de una serie de medias legales para la regulación de las situaciones excepcionales nacidas como consecuencia del tránsito democrático operado en nuestro Estado, y que sirvieron de soporte a las decisiones posteriores del Tribunal Constitucional que declararon su adecuación al orden constitucional, pero como consecuencia de su “*excepcionalidad y por una sola vez*”.

Dicho lo anterior, procede examinar los méritos que el apartado tercero de la citada Disposición Transitoria, este reconoce expresamente:

a) *El Mérito del Tiempo de Servicios prestados en las Administraciones Públicas.*

Este mérito en principio, fue admitido como conforme al orden constitucional por las STC 67/1989, 60/1994, entre otras muchas, pero no debe olvidarse, que este reconocimiento siempre se produjo dentro del contexto de los procesos “*especiales*” de consolidación del empleo público temporal, y su justificación siempre giro al mismo argumento la “*excepcionalidad de la situación*”, es decir, la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas y de los primeros Ayuntamientos democráticos.

En el momento actual, estos motivos han desaparecido, y las razones de excepcionalidad, no se acreditan en el EBEP, a lo que debemos añadir, que este concepto actualmente es de muy dudoso sentido objetivo, ya que, si una de las líneas fundamentales del EBEP, es la “*evaluación de desempeño*” (artículo 20 del EBEP), parece ni razonable y tampoco racional, admitir como mérito al personal temporal, el simple hecho de haber prestado servicios durante un tiempo determinado, es decir, a los funcionarios de carrera se les evalúa su desempeño, y para acceder con “*algunas facilidades*”⁸⁶ a la adquisición de la condición de empleado público (funcionario de carrera o personal laboral fijo), solo es necesario asistir al puesto de trabajo, y ni tan siquiera eso, pues la situación de “*Incapacidad Transitoria*”, también sería objeto de valoración de esa prestación de servicios.

b) *El segundo de los méritos, sería la Experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.*

Esta previsión, a nuestro juicio y el de un sector de la doctrina⁸⁷, presenta serias dudas, igualmente, de constitucionalidad, pues a este respecto ya se ha pronunciado el **Tribunal Constitucional** rechazando por inconstitucional la evaluación de esta clase de méritos, así, en su **STC 281/1993**, señaló:

“.....procede analizar a continuación la infracción constitucional denunciada por los actores y localizada, según se ha dicho, en las bases de la convocatoria para el concurso de méritos destinado a la provisión de varias plazas de personal laboral en el Ayuntamiento de Leganés.

En la base cuarta de la convocatoria se fijaba un baremo de méritos, ahora impugnado, con arreglo al cual podía obtenersese desglosaban del siguiente modo: 1) diez puntos como máximo por cada año de servicio prestado como Auxiliar Administrativo en el Ayuntamiento de Leganés (sólo dos puntos si los servicios se habían prestado en otro Ayuntamiento o un punto si lo habían sido en la empresa privada).....;

⁸⁶ Términos literales utilizados por el Tribunal Constitucional en su STC 67/1989, fundamento jurídico tercero.

⁸⁷ SANCHEZ MORON, M., (2007), pág. 411, manifiesta sus serias dudas sobre la constitucionalidad de este mérito.

Aun cuando, en principio, la atribución de semejante relevancia a un solo mérito no tiene por qué contrariar las exigencias del principio constitucional de igualdad, tal principio padece irremediabilmente cuando, como es ahora el caso, el mérito en cuestión no evidencia en los concursantes que pueden acreditarlo una cualidad objetiva que, por su relevancia para el desarrollo de los cometidos de cuyo ejercicio se trata con la plaza objeto de concurso, merezca hacer a sus titulares acreedores del puesto ofertado.

Con todo, contraría abiertamente al principio constitucional de igualdad el que en un concurso de méritos que, como el de autos, se articula alrededor de la experiencia adquirida en diversos puestos administrativos, se prime desafortadamente y de manera desproporcionada -y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso- la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante)

Y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad.

Asimismo, el **Tribunal Supremo en su STS 23-12-1996**, alcanza la misma conclusión que la formulada por el Tribunal Constitucional⁸⁸.

Por otro lado, tenemos también las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Sevilla) STSJ de 8-02-2001 y de Castilla-La Mancha de 23-10-2000, entre otras, rechazando todas ellas, la valoración como mérito de la experiencia en el concreto puesto de trabajo objeto de la convocatoria de selección.

c) La citada disposición, admite la valoración de “*otros méritos*”, ahora bien, estos no pueden responder, a nuestro juicio, a los criterios subjetivos anteriormente examinados, que presentan serias dudas de constitucionalidad, sino que en todo caso deberán respetar los criterios generales establecidos por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, en concreto:

1.- No es posible establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio, en ese sentido STC 193/1987, f. jco. quinto; STC 47/1990, f. jco. sexto; STC 353/1993, f. jco. sexto y STC 166/2001, f. jco. segundo.

2.- No son admisibles referencias individualizadas y concretas en las convocatorias, en ese sentido STC 50/1986, f. jco. cuarto; STC 67/1989, f. jco. segundo; STC 27/1991, f. jco. cuarto; STC 353/1993, f. jco. sexto y por último, STC 73/1998, f. jco.tercero.

3.- No solicitar para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, en ese sentido STC 167/1998, f. jco. cuarto.

4.- Debe impedirse que las bases sean establecidas en términos singulares y muy concretos, provocando una discriminación positiva a un conjunto prefijado de personas, en ese sentido STC 67/1989, f. jco. quinto.

⁸⁸ STS 23-12-1996: “El razonamiento no tiene entidad suficiente para enervar el que constituye fundamento de la sentencia impugnada, porque aun aceptando el sentido amplio que da la Administración a la expresión *Servicios Regionales de Salud* utilizada en el baremo, de todas formas los únicos elementos identificadores de una específica valoración de la experiencia previa continúan siendo la cualidad profesional de Veterinario y la prestación de servicios en tal concepto a una Administración Pública, **sin que aparezca circunstancia alguna que permita una cualificación diferenciada, según la Administración a la que se haya servido**, ..(lo que de ningún modo resulta probado es que exista)relevancia bastante para justificar el distinto trato dado a la experiencia previa, según haya tenido lugar en una o en otra Administración.

Por lo tanto, esos “*otros méritos*” a los que se refiere el apartado tercero deberán ser necesariamente muy ponderados, en caso de decidirse utilizarlos, pues recordemos que la norma ofrece una posibilidad, pero no impone su uso.

Por último, podemos resumir las notas básicas de este proceso “*excepcional o singular*”, previsto en la disposición transitoria cuarta del EBEP:

- Los procesos deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
- Los procesos selectivos serán abiertos, es decir, no se admiten las pruebas restringidas.
- La puntuación a otorgar en la fase de concurso será proporcionada y no determinada por si misma el resultado del proceso selectivo.
- Se reconoce como hemos visto, entre otros, la posibilidad de valorar como méritos los servicios prestados y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Finalmente, a pesar de la claridad del precepto, en el sentido de no admitir la posibilidad de utilización de convocatorias de “*pruebas restringidas*” en un sentido formal, ya han empezado los incumplimientos a la disposición transitoria, ya de dudosa legalidad por si misma, pero que para alguna administración, estas facilidades al personal temporal resultan insuficientes, y proceden a convocar públicamente pruebas restringidas para la consolidación de empleo temporal⁸⁹, con independencia de su legalidad o no.

III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP
01 MAYO 2007 – 31 DICIEMBRE 2008

EJERCICIOS	TOTAL 60
1. Violación del Límite (oposición-concurso) (55% - 45%)	
a) Funcionarios.....12	28
b) Laborales.....4	
2. Valoración de Méritos (no limitado a D.T 4ª)	
a) Funcionarios.....28	47
b) Laborales.....19	
3. Selección exclusivamente por procedimiento de concurso	
a) Laborales.....7	7
b) Funcionarios.....0	

⁸⁹ En este sentido, destaca la Aprobación por el Ayuntamiento de Cartes (Cantabria) de las bases para la provisión, mediante concurso oposición, por procedimiento de consolidación de empleo temporal, de dos plazas de Auxiliar de la Administración General (BOC nº 114 , de 13 de junio de 2007), y así en el artículo 3º de las citadas bases se señala:

ARTÍCULO 3. REQUISITOS DE LOS ASPIRANTES.

f) Desempeñar en el Ayuntamiento de Cartes, con carácter interino o temporal, las plazas objeto de esta convocatoria, con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Todos los requisitos anteriores deberán poseerse en el momento de finalizar el plazo de presentación de instancias solicitando tomar parte en el proceso selectivo.

Como se puede apreciar este Ayuntamiento de Cartes procede a convocar un proceso restringido, al amparo de las previsiones de la Disposición transitoria cuarta del EBEP, como señala expresamente en el artículo 1º.1 de las Bases, lo que sin duda alguna no es ajustado a derecho, hoy es el día en que ni tan siquiera la Comunidad Autónoma ha impugnado estas Bases.

4. Valoración del Mérito previsto en la D.T. 4ª. a) Laboral.....2 b) Funcionario.....8	10
5. Méritos curiosos a) Entrevista.....16 b) Trabajo – Memoria.....7 c) Estar empadronado en l municipio convocante.....1	24
6. Oposiciones restringidas a) Funcionario....3 (Aytmos. Cambrils, Cartes y Roquetas de Mar) b) Laboral.....0	3

CONSOLIDACIÓN DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP

2009-2010

EJERCICIOS	TOTAL 68
1. Violación del límite (Oposición – Concurso) (55% - 45%) a) Funcionarios.....10 b) Laborales.....6	16
2. Valoración de méritos (no limitado a D.T. 4ª) a) Funcionarios.....30 b) Laborales.....18	48
3. Selección exclusivamente procedimiento de concurso a) Laboral.....4 b) Funcionarios.....0	4
4. Valoración sólo méritos D.T. 4ª a) Laboral.....1 b) Funcionario.....5	6
5. Méritos curiosos a) Entrevista • Funcionarios.....5 • Laborales.....8 b) Trabajo – Proyecto – Memoria.....5 (Laboral) c) Cálculo de fase oposición/concurso (fórmula que altera la media aritmética).....1 d) Valoración discrecional del Tribunal.....1	20
6. Oposiciones restringidas a) Funcionarios.....2 (Aytos. Cerceña y Maraceda) b) Laboral.....0	2

A la vista de los datos expuestos resulta necesario formular algunas breves consideraciones al respecto:

A) En cuanto a la cuestión del cumplimiento de las exigencias del artículo 61.3 del EBEP, en concreto, nos referimos a la valoración de méritos en la fase de concurso, la cual deberá ser proporcionada, de forma que no determine el resultado del procedimiento, a este respecto podemos recordar las STC 67/1989, 27/1991, 151/1992 y 302/1993, hemos intentado forzar la situación al límite de forma que hemos recogido aquellas convocatorias que asignaban a la fase de concurso hasta el 45% de la puntuación total, si bien, es conocido que los márgenes normales han sido mucho menos intensos. Así, apreciamos que el 48% de las convocatorias en la primera oleada (2007 – 2008), incumplen la exigencia legal, y en el segundo periodo temporal (2009 – 2010), se reduce el incumplimiento pero solo hasta el 24%.

B) Afortunadamente se aprecia que de forma mayoritaria en los dos periodos estudiados se ha procedido a incorporar méritos añadidos en la fase de concurso, de forma que no resulta ser el único criterio de valoración el mérito reseñado en la propia D.T. 4ª, lo cual merece una valoración positiva.

C) Resulta destacable también la incorporación de méritos, que en algunos casos podemos calificar como peculiares o especiales, ya que introducen elementos o factores de carácter subjetivo (memoria, entrevista, etc.), y ello, por cuánto en la composición de los tribunales no se establece el nombramiento de personal especializado en la selección para este tipo de pruebas, lo que no supone que se pueda declarar a estos méritos como ilegales.

Asimismo, debemos llamar la atención sobre ciertas “curiosidades”, en concreto, “fórmula matemática especial para el cálculo medio de calificaciones”, en la línea de los procedimientos utilizados en la contratación pública y que fueron declarados ilegales por el TJCE; también llama la atención la posibilidad atribuida al tribunal de otorgar una puntuación por “Valoración discrecional del tribunal” (2 puntos), y por último, la valoración del mérito consistente en estar empadronado en el municipio convocante, a razón de 0,10 por mes, sinceramente esto nos deja sin comentarios.

D) Finalmente, destacar que las malas prácticas no desaparecen, y así se constata que a pesar de estar manifiestamente prohibidas por la norma, las convocatorias restringidas, estas se han producido, hasta 5 casos hemos encontrado.

CONSIDERACIONES FINALES

Alcanzada la fase final de esta ponencia, consideramos necesario y responsable formular una serie de propuestas, que estimamos pueden aportar algunas ideas que permitan superar las disfunciones detectadas a lo largo de nuestra exposición⁹⁰.

PRIMERA.- Una cuestión esencial para la mejora de los procesos de selección es el respeto a la obligación de que la composición de los órganos de selección debe cumplir el principio de especialidad/profesionalidad de sus miembros, como hemos indicado anteriormente no es suficiente con la simple exigencia de que los miembros de los tribunales posean una titulación de idéntico o superior nivel a la exigida para la plaza convocada, pues toda actuación contraria a esta previsión supone también una violación de la “discrecionalidad técnica de los tribunales”, ya que, si no existe especialización no puede argumentarse la aplicación del citado principio.

Asimismo, como ya hemos indicado anteriormente en otro trabajo⁹¹, resulta necesario para una adecuada aplicación del principio de especialidad, efectuar una adecuación en la composición de los tribunales de selección, de forma que su composición debería ser distinta en función de las pruebas que se hayan de celebrar.

Algún autor ha reclamado⁹² la conveniencia de que se aprobaran “códigos de ética” para los miembros de los órganos de selección, desde luego todo lo que suponga aumentar la transparencia y objetividad de los procesos debe ser bienvenida, sin embargo, debemos manifestar nuestro escepticismo sobre la virtualidad real de esta clase de códigos, pues la clave esta en los medios coercitivos para exigir su cumplimiento, y es ahí, por donde falla todo este sistema a nuestro juicio.

Finalmente, debería procederse urgentemente a un desarrollo normativo claro y preciso de las exclusiones de la composición de los órganos de selección, derivadas del EBEP, que evite los conflictos que hemos explicado anteriormente (pertenencia de representantes de sindicatos,

⁹⁰ Debemos indicar a este respecto que algunas de nuestras propuestas si bien ya reflejadas en nuestros trabajos anteriores, coinciden con las formuladas por JIMENEZ ASENSIO, R. Y CASTILLO BLANCO, F., en su estudio “Informe sobre el Empleo Público Local”, (2009), Edit. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

⁹¹ También nos hemos referido a esta cuestión en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

⁹² CASTILLO BLANCO, F. (2009), pág. 68.

asociaciones profesionales, intervención de grupos políticos y las figuras de “observadores o controladores de la legalidad”).

SEGUNDA.- Asimismo, la profesionalización de los órganos de selección conlleva necesariamente la necesidad de mejorar el contenido de las pruebas que formaran parte de los procesos de selección, así, coincidimos en lo esencial con Castillo, en cuanto a la recomendación de que debe reconocerse, la posibilidad de establecer dos fases en los procesos de selección, de tal forma que, en la primera fase, se utilicen las técnicas para la comprobación de conocimientos y la capacidad analítica aprobando dicha fase todos los candidatos que reúnan un suficiente nivel para el desempeño de los puestos de trabajo que determinan la convocatoria, y en la segunda, ya restringida a los que aprobaron aquella primera fase, proceder a la selección definitiva de los candidatos utilizando, en su caso, las técnicas complementarias que el propio EBEP recoge en su artículo 61, y así, se utilicen los nuevos conceptos como habilidades y destrezas y su concreción en otros subconceptos utilizados habitualmente como las competencias, las actitudes, las aptitudes o los rasgos de personalidad.

También resulta muy importante regular más detalladamente los Cursos de Formación y los Periodos de Prácticas, que deberían tener carácter eliminatorio, y que pueden ser el instrumento adecuado para la comprobación de los nuevos conceptos a los que se ha hecho referencia con anterioridad, y asimismo, comprobar que realmente se acredita la adecuación de los conocimientos de los seleccionados a la práctica en los diferentes puestos de trabajo.

TERCERA.- La estructura poblacional y el tamaño de los municipios del Estado español presentan un grave problema por sus pequeñas dimensiones⁹³, lo que provoca una permanente falta de medios técnicos y recursos, por ello, resulta imprescindible que los municipios si realmente están comprometidos con la mejora de la calidad de los servicios públicos a prestar a los ciudadanos, es decir, una auténtica “buena gobernanza”, deben poner todos los medios para una selección profesional y objetiva de los empleados públicos, en la línea de las propuestas anteriormente expuestas, y por ello, aceptar que esta área debe participar en la cooperación técnica interadministrativa o por medio de encargos de gestión a otras Administraciones Públicas.

Así, los mecanismo de cooperación podrían articularse encomendando el desarrollo íntegro de los procesos de selección a las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Diputaciones Forales, en el caso de Catalunya quizás el instrumento más adecuado serían las veguerías, institución reconocida legalmente hace poco tiempo por medio de la Ley 30/2010, de 3 de agosto, y en especial la previsión de su artículo 23.1 a), las cuáles podrían perfectamente estar dotadas de Unidades de Recursos humanos, profesionalizadas en la selección.

También debería admitirse la posibilidad de la “cooperación horizontal”, como Jiménez Asensio ha señalado recientemente, y que podría articularse a través de varias alternativas: en primer lugar, la creación de una comarca como entidad voluntaria para la prestación de apoyo técnico en materia de RR.HH. a los municipios, también, la posibilidad de constituir mancomunidades o consorcios interadministrativos, siempre con la misma finalidad de constituirse en instrumentos técnicos y profesionales para la gestión de RR.HH. , y en especial en los procesos de selección , incluidos los posteriores curso selectivos.

Finalmente, no debemos olvidar el importantísimo papel que pueden desempeñar también las Comunidades Autónomas a este respecto, y en especial por parte de sus Escuelas de Administración Pública, que también podrían ser instrumentos idóneos en la profesionalización de la selección.

⁹³ Debemos destacar que en el año 2009, sobre un total de 8114 municipios, 5792 tenían una población inferior a los 2.000 habitantes, y 1.018 se encontraban situados en la banda entre los 2.000 y 5.000 habitantes, lo que supone un total del 83,9%.