

Análisis general del Estatuto básico del empleado público: problemas, soluciones y huidas

Joan Mauri Majós
*Profesor de Derecho Administrativo de la
Universidad de Barcelona*

1. Introducción.
 2. Un estatuto para todos los empleados públicos.
 3. Un estatuto para todas las administraciones públicas.
 4. Un estatuto de mínimos.
 5. Las peculiaridades de la Administración local.
 6. La difícil construcción de una clase directiva profesional.
 7. La reducción del empleo temporal en la Administración pública.
 8. La composición de los órganos de selección.
 9. La carrera administrativa: competencia y desempeño profesional.
 10. La afirmación de la posición del sindicato en el sector público.
 11. La codificación de la ética del empleado público.
 12. Las huidas.
- Bibliografía.

1. Introducción

A menudo las decisiones públicas se producen de una manera intuitiva, sin proceder a un análisis objetivo de los problemas, sencillamente porque se prima un programa de gobierno o la necesidad de intervención en un área pública de actuación, en otras situaciones se dispone de un buen diagnóstico y de una detallada hoja de ruta para la articulación de una verdadera política activa que aporte un cambio sustantivo sobre la anterior situación, pero se acaba ignorando las soluciones propuestas porque los diferentes actores institucionales están sujetos a una serie de limitaciones políticas o económicas que hacen muy difícil la puesta en práctica de la reforma necesaria que todos consideran necesaria y dotada de una rigurosa lógica de sustentación.

Los problemas en todo caso son siempre más de uno y con frecuencia existen distintas vías para mejorar la situación. De ellas seleccionamos algunas y olvidamos otras, son los callejones del laberinto, las posibles vías de salida que dejamos atrás en el proceso de selección de los problemas y soluciones que la búsqueda, la creación y la articulación de ideas necesita.

Mi ponencia pretende ser una aproximación al proceso de definición de problemas y soluciones que la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto básico del empleado público (EBEP) ha intentado proyectar sobre el empleo público. En la medida en que el EBEP toma como referencia analítica el Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (ICEBEP), nuestra intención es seleccionar los principales problemas planteados por la Comisión y contrastarlos con las soluciones dadas por el legislador para analizar si estas proposiciones legislativas constituyen oportunidades reales de mejora a la situación determinada objetivamente por el análisis de la Comisión, sin perjuicio de apuntar lo que a mi criterio constituyen algunos de los principales problemas –huidas– que no han acabado haciéndose un hueco en la agenda de actuación legislativa por no haberse constituido como “problemas públicos” necesitados de solución.

En todo caso, antes de profundizar en nuestro análisis, debemos apuntar que el EBEP es fruto de un determinado contexto institucional. El EBEP se produce en un momento de máxima confrontación entre las dos grandes fuerzas políticas estatales –es el primer proyecto de ley que viene al Congreso de los Diputados después de la aprobación del Estatuto de autonomía de Cataluña– y supera su proceso de elaboración sobre la base de un acuerdo del Gobierno del Estado con las principales fuerzas nacionalistas con presencia en nuestras comunidades autónomas

–PNV, CiU y ERC– formulado como declaración conjunta sobre el EBEP que incorpora un pacto para la no-presentación de enmiendas a la totalidad. Además, el proyecto de Estatuto es objeto de una intensa concertación con las comunidades autónomas, con la Federación Española de Municipios y Provincias y con las tres grandes organizaciones sindicales representativas en el ámbito de la función pública del Estado –CCOO, CSIF y UGT–, que presentaron una plataforma común ante el proceso de negociación del EBEP con el MAP. Por lo tanto, el EBEP es fruto de una serie cruzada de aportaciones, a veces de signo contrario, que explica la extraña arquitectura de relaciones normativas con la que se dibuja, la peculiar forma de disposición de sus preceptos básicos –a veces detallados y concretos, otras veces mínimos o dispositivos– y la complejidad de su Derecho transitorio.

2. Un estatuto para todos los empleados públicos

El ICEBEP parte de una premisa sustancial que condiciona todo su análisis: la consolidación de un modelo dual de empleo público; admitida, pues, esta hipótesis de trabajo se reconoce que la coexistencia de dos regímenes jurídicos para el empleo de las administraciones públicas plantea un problema de gestión de personal que ha de resolverse aproximando el contenido de la relación jurídica de los empleados públicos con contrato laboral a los funcionarios. Este proceso corre parejo de otro que se enuncia con menos claridad: la relativización de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la preferencia constitucional sobre el régimen estatutario, que en el momento actual se quiere limitada a reservar al personal funcionario los puestos de trabajo que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás entidades públicas.

Por tanto, el análisis de los problemas del empleo público tiene una serie de condicionantes previos:

- a) El carácter estructural de la articulación dual de nuestro empleo público que se considera disfuncional.
- b) La aproximación de regímenes jurídicos como solución en base a la extensión de las reglas públicas del EBEP a la relación jurídica de los empleados con contrato laboral.
- c) La “normalidad” del contrato de trabajo como relación de empleo público, y la previsible reducción del ámbito de los puestos de trabajo que han de ser cubiertos con personal funcionario.

La elección del EBEP es tajante y a mi modesto parecer opinable. En parte, porque se fundamenta en

datos que parecen no demostrarse del todo ciertos, y en parte, también, porque se fundamenta en la interpretación de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional que permite una pluralidad de lecturas. Vayamos por partes.

La tendencia a la laboralización de las relaciones de empleo público ni está tan extendida, ni parece tan consolidada. Aunque las cifras tratadas por el Consejo Económico y Social y las estadísticas del MAP parecen situar el índice de laboralidad de las entidades locales españolas en cerca de un 80%, cuando se acude a trabajos empíricos de encuesta en las entidades locales de un territorio determinado –ayuntamientos de más de 10.000 habitantes y capitales de comarca– como ha hecho el Informe del Observatorio de Gobierno Local de la Fundación Pi i Sunyer para Cataluña, las cifras bajan de una manera considerable: 58,47% de empleados funcionarios frente a un 41,53% de empleados laborales para el año 2006. La razón es sencilla: los datos agregados tratados por la estadística oficial parecen incluir al personal laboral incorporado a través de los planes de empleo, contratos de inserción y otro tipo de empleados (escuelas taller, casas de oficio) que propiamente no pueden considerarse personal laboral. Lógicamente, la presencia del personal laboral es más destacada en los pequeños y medianos municipios que quedan fuera de la encuesta del Observatorio, pero en la estimación que el mismo Observatorio realiza el porcentaje real de la laboralización para el conjunto de los entes locales de Cataluña se estima en el 49,37%, cifra destacable si la comparamos con el 8,7% de personal laboral que para los departamentos de mi comunidad autónoma calcula el *Libro blanco de la función pública catalana*, pero lejana de la ola abrumadora de laboralización universal de la función pública que se ha querido presentar desde alguna doctrina procedente del Derecho del Trabajo. Pero no se trata sólo de eso, los datos obtenidos por la encuesta mencionada subrayan que uno de cada cuatro de los municipios encuestados ha realizado un proceso de funcionarización y que está previsto realizarlo en el 30% de los municipios restantes, con lo que parece que el 50% de los municipios encuestados han materializado o tienen previsto efectuar un proceso de adaptación de los contratados laborales al régimen de función pública.

Si acudimos ahora a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hemos de reparar en la STC 37/2002, que analiza la posible inconstitucionalidad del artículo 92.2 de la LRBRL, en el señalamiento que hace de las funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios en base a “la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en

el ejercicio de la función”, al faltarle el contenido suficiente para permitir una adecuada determinación de los ámbitos de prestación de servicios incluidos en los puestos de trabajo que hayan de ser cubiertos por personal laboral. Dicha sentencia admitió la constitucionalidad del precepto mencionado en base a un pronunciamiento interpretativo que, en línea con los argumentos aportados por el Abogado del Estado, permitía entender que el personal laboral sólo podía desempeñar dentro de la Administración local funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad, es decir, instrumentales; planteamiento que sin duda resultaba coherente con la opción preferencial en favor del personal estatutario mantenida por la STC 99/1987 sobre el artículo 15.1 del primer redactado de la LMRFP. Ciertamente puede alegarse la existencia de una cierta flexibilización de la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional sobre la materia si por flexibilización entendemos la posibilidad de determinar las funciones reservadas a funcionarios a través de cláusulas genéricas alejadas del régimen de lista o la opción por una delimitación de mínimos de naturaleza básica que sea completada por el legislador autonómico, pero, en mi opinión, no cabe duda que la STC 37/2002, deja intocada la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la preferencia estatutaria en la prestación de servicios a nuestras administraciones públicas.

Así parecen haberlo entendido las primeras leyes de función pública de las comunidades autónomas que han desarrollado el EBEP. El artículo 14 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares señala que con carácter general los puestos de trabajo de la Administración autonómica están reservados a personal funcionario de carrera, concretando esta reserva en “los puestos de trabajo y las funciones cuyo cumplimiento implica ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal, control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, los de contabilidad y tesorería, los de carácter técnico y administrativo, los que comportan jefatura orgánica y, en general, los que se reservan a este personal para una mayor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública y en la salvaguarda de los intereses generales de la comunidad autónoma”. En la misma dirección, pero incorporando el sistema de lista heredado del antiguo artículo 15.1 de la LMRFP, el artículo 27.2 del Decreto legislativo 1/2008, de 13 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de función pública de Galicia, determinará que los puestos de trabajo de la Administración de la comunidad autónoma y de sus organismos autónomos de carácter administrativo serán desempeñados

por personal funcionario, exceptuándose de la regla anterior los puestos de naturaleza no permanente y de carácter periódico o discontinuo, los puestos de oficios, los puestos que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan cuerpos o escalas de funcionarios, los puestos de carácter instrumental correspondientes a las áreas de mantenimiento y conservación de edificios, equipos e instalaciones, artes gráficas, así como los puestos de las áreas de expresión artística, los puestos de trabajo de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, excepto los que impliquen ejercicio de la autoridad, inspección o control, los de prestación directa de servicios sociales y protección a la infancia.

A la vista de lo expuesto quizás podría haberse pensado en otra alternativa distinta a la plasmada en el EBEP. Quizás podría haberse optado por la extensión del régimen jurídico de los funcionarios públicos y por una mayor flexibilización de la relación de Derecho público en base a principios jurídicos e institutos jurídicos traídos del campo del Derecho del trabajo. Pero admito que la crítica de lo actuado es siempre fácil a toro pasado.

En todo caso, lo cierto es que el proceso de convergencia entre el régimen jurídico de los funcionarios y el del personal laboral al servicio del sector público tampoco está resultando sencillo. La idea de que el Estatuto de los funcionarios públicos pasara a ser un estatuto unificador de las peculiaridades del empleo público se ha desarrollado por un legislador que no ha conseguido una norma acabada y integrada capaz de articular las normas de Derecho propio público propias del estatuto del empleo en el sector público con las normas de derecho laboral propias del estatuto del empleo en la empresa privada. El EBEP es un estatuto de principios y normas de Derecho público directamente proyectadas sobre la legislación laboral. Se podrá argüir, como se hace en la disposición final primera sobre habilitación competencial, que las disposiciones del EBEP se dictan al amparo del artículo 149.1.7 de la CE, en función de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación laboral, pero las matizaciones, excepciones o modulaciones del régimen jurídico del personal laboral de las administraciones públicas inducidas por el EBEP sobre algunas instituciones laborales provoca un distanciamiento del Derecho del trabajo, y una primacía del derecho de la Administración pública que aparece dotada de un determinado estatuto constitucional capaz de publicar los tipos convencionales de Derecho privado y desequilibrar el sistema de fuentes que caracteriza la regulación del contrato de trabajo.

A partir de aquí el problema reside en el sistema de relaciones que mantenga la norma que regula el estatuto del trabajo público con la norma que regula el estatuto del trabajo privado. Entre los primeros comentaristas del EBEP se advierten importantes problemas para concretar la determinación de las normas vigentes aplicables a los contratados laborales de las administraciones públicas. El contenido del artículo 7 del EBEP es suficientemente explicativo. A su tenor, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos del Estatuto básico del empleo público que así lo dispongan. A simple vista parece, pues, que la relación entre los preceptos del ET y del EBEP es de pura concurrencia, concurrencia en la que no se contempla el surgimiento de posibles antinomias. Si profundizamos un poco más en los preceptos del EBEP, las relaciones entre los cuerpos jurídicos del trabajo público y del trabajo privado se vuelven más complejas. Así encontramos relaciones de remisión, complementariedad, supletoriedad directa y inversa, suplementariedad, reenvío condicionado o incorporación tácita, sin que haya un criterio sobre el alcance de los conceptos o de las consecuencias de una determinada remisión o de una concreta relación de supletoriedad, con lo que las posibilidades de colisión normativa o de pura interpretación sobre la base del espiguo de preceptos es importante y no han dejado de producir alguna que otra alarma significativa que ha intentado solventarse, como ha ocurrido con el sistema de permisos y licencias, a través de la dudosa técnica de las circulares interpretativas. Con todo, la falta de criterios legales para solventar los problemas de concurrencia normativa está aún por enseñarnos el peor de sus efectos en forma de incremento de la actividad jurisdiccional y obertura de la pertinente discusión sobre competencias. Volveremos sobre ello al final de mi intervención.

3. Un estatuto para todas las administraciones públicas

La opción por la "normalización" del contrato de trabajo como forma de prestación de servicios a las administraciones públicas corre pareja de la extensión del EBEP a todas las administraciones públicas y a todos los organismos y entes que componen el sector público. En el planteamiento del ICEBEP, en la medida en que el conjunto de principios, derechos y obligaciones que han de conformar el estatuto básico del empleado público es aplicable al personal laboral, el EBEP se ha de aplicar al conjunto de administraciones, organismos y entidades públicas dependientes de una administración o ente público

o creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general, así como a entidades u organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional.

Lo cierto es que dicho planteamiento parece ser recogido por el legislador si atendemos exclusivamente al artículo 2.1 del EBEP, que al determinar el ámbito de aplicación del Estatuto lo refiere a las administraciones públicas y a los organismos públicos, agencias y demás entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las administraciones públicas.

Pero esta primera impresión ha de ser rápidamente corregida. La disposición adicional quinta establece que el EBEP se aplicará a los organismos reguladores de la disposición adicional décima, 1, de la LOFAGE (es decir, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, al Consejo de Seguridad Nuclear, al ente público RTVE, a las universidades no transferidas, a la Agencia de Protección de Datos, al Consorcio de la Zona Especial Canaria, a la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional y a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), en la forma prevista en sus leyes de creación.

Igualmente, la disposición adicional primera prevé una aplicación limitada del EBEP al conjunto de entidades instrumentales propias de la acción pública que adopten forma societaria mercantil o fundacional y que se financien mayoritariamente con cargo a los presupuestos públicos. A ese segmento del sector público le son aplicables los principios a los que los empleados públicos deben ajustar su actuación (artículo 52), los principios éticos (artículo 53), los principios de conducta (artículo 54), los principios rectores del acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios (artículo 55) y los relativos a las personas con discapacidad (artículo 59).

Con ello se hace patente que el reconocimiento y la integración de la contratación laboral en el empleo público no evita la huida del régimen jurídico del empleo público aunque se consigue la aplicación de algunos principios y reglas de naturaleza pública a su personal, lo que a mi parecer no es poco.

Lo cierto es que es mucho. Hasta el momento el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las entidades públicas que adoptan formas empresariales o fundacionales no ha sido ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de las administraciones públicas, ni el régimen jurídico del personal laboral al servicio de un empresario privado, presentándose como un régimen jurídico peculiar de tercer tipo que deberá acercarse ahora al primero de los modos previstos. Piénsese sólo en el artículo 55 del EBEP, en el que se incluye la aplicación de los princi-

pios de igualdad, mérito y capacidad a la contratación del personal laboral para el acceso al empleo de las formas de gestión privada de actividades de servicio público.

Dicha aplicación debería comportar a tenor del precepto citado como mínimo los efectos siguientes:

a) La determinación previa de los requisitos y las condiciones de acceso.

b) El establecimiento de los requisitos y condiciones de acceso en términos generales y abstractos fundamentados de forma objetiva, es decir, de conformidad con las funciones o tareas a desarrollar.

c) La articulación de los procedimientos de acceso a través de convocatorias públicas, abiertas y libres, en las que se tenga en cuenta una reserva de plazas para personas con discapacidad.

d) La constitución de órganos de selección imparciales y profesionales y la resolución del procedimiento selectivo en base a un juicio técnico.

No es poco y constituye un reto apasionante la forma en que dichas entidades van a proceder a interiorizar y digerir los principios y las reglas públicas que les han de ser de aplicación.

4. Un estatuto de mínimos

Uno de los problemas que se intentan resolver a través del nuevo estatuto del empleo público es el de la densidad de la legislación básica en materia de función pública teniendo en cuenta las determinaciones de los estatutos de autonomía y la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional.

La necesaria reducción del espacio ocupado por la norma básica estatal se quiere conseguir a través de la aplicación de una técnica jurídica peculiar que ocasiona los efectos siguientes:

a) La aplicación demorada en el tiempo de la misma norma estatutaria. De hecho, el EBEP entra en vigor el 13 de mayo de 2007, pero no en toda su complitud, ya que el mismo Estatuto establece en su disposición final cuarta que algunas de sus partes esenciales entrarán en vigor con posterioridad, en función de la entrada en vigor de las correspondientes leyes de función pública –estatal y autonómica– que hayan de desarrollarla. Más concretamente, se prevén tres grandes núcleos de excepciones:

–Los capítulos II (derecho a la carrera profesional y a la promoción interna; evaluación del desempeño, artículos 16 al 20) y III (derechos retributivos, artículos 21 al 30) del título III (derechos y deberes; código de conducta de los empleados públicos) producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del EBEP que a estos efectos actúa como cabecera de un grupo normativo complejo que corresponde definir

al conjunto de administraciones públicas con competencias legislativas en esta materia.

—De modo idéntico, el capítulo III (provisión de puestos de trabajo y movilidad, artículos 78-84) del título V (ordenación de la actividad profesional) desplegará efectos cuando se procede a su concreción por las diferentes leyes de función pública.

—Igualmente, en materia de incompatibilidades, la entrada en vigor del nuevo sistema de reconocimiento de compatibilidades entre actividad pública y privada tendrá que esperar a la concreción del factor de incompatibilidad retribuido que podrá reconocerse cuando entre en vigor el nuevo sistema de retribuciones complementarias pendiente de desarrollo por las futuras leyes de función pública de la Administración del Estado y de las comunidades autónomas.

b) El segundo de los efectos producidos por la autocontención del EBEP en su proyección sobre el sistema de distribución de competencias consiste en la generalización de la técnica de remisión en una serie de materias de la mayor importancia para la concreción del nuevo modelo de empleo público. Así, el EBEP remite a las futuras leyes de función pública o a las normas de las correspondientes administraciones públicas la determinación del estatuto profesional del personal directivo, la generación de nuevas situaciones administrativas o el establecimiento de tipos de faltas y sanciones. De hecho, puede decirse que la forma adoptada por el legislador en la disposición de lo básico en esta ley es ciertamente peculiar, hasta el punto de que contiene pocas reglas cerradas y prescriptivas que adquieran por sí mismas eficacia directa, considerándose más apropiado el uso de normas principales, directivas o dispositivas que han de ser complementadas o sustituidas por el legislador de desarrollo.

Ello no quiere decir que el EBEP sea un modelo ideal de norma básica. La densidad básica del EBEP es de naturaleza variable en función del papel que una determinada materia haya podido tener en el proceso de concertación generado con las comunidades autónomas y las organizaciones sindicales. Precisamente, en aquellas materias que han sido objeto de transacción con los sindicatos, a modo de contrapartida por su aceptación de la nueva legislación, el EBEP olvida la lógica de autocontención y procede a reconocer directamente los trienios del personal interino, las pagas extraordinarias completas, los días suplementarios para asuntos propios o un detallado sistema de permisos y licencias para conciliar la vida laboral y familiar.

Con independencia de esta cuestión, lo cierto es que el nuevo estatuto del empleo público con respecto a la competencia autonómica puede valorarse positivamente, sobre todo si se tiene en cuenta la dis-

posición final segunda, en la que se contiene el precepto siguiente:

“Las previsiones de esta Ley son de aplicación a todas las comunidades autónomas respetando en todo caso las posiciones singulares en materia de sistema institucional y las competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública y de autoorganización que les atribuyen los respectivos estatutos de autonomía, en el marco de la Constitución.”

Este planteamiento, que en la práctica supone la subordinación de la operación de definición de la materia básica producida por la ley estatal a la operada por los respectivos estatutos de autonomía, ha generado una gran polémica, polémica que conviene enmarcar en otra de carácter más general sobre la capacidad de los estatutos de autonomía para definir la forma y la extensión de la norma básica, aunque debemos subrayar que en este caso la decisión de restringir la capacidad de delimitación de la norma básica ha sido tomada por la misma ley estatal.

Al respecto, dos posiciones se han manifestado hasta el momento:

a) La que entiende que esta disposición en sí misma no posee ningún valor, por entender que una posible contradicción entre la ley básica estatal y un estatuto de autonomía debería resolverse siempre por el Tribunal Constitucional, sin admitir a priori una mayor jerarquía del Estatuto de autonomía sobre el EBEP en la definición de la materia básica.

b) La que plantea que la finalidad de este precepto es precisamente introducir en el mismo estatuto un principio de autolimitación que permite modular la aplicación de la ley básica estatal en materia de sistema institucional y en función de las competencias que en materia de función pública se puedan recoger en el correspondiente estatuto de autonomía.

Detrás de esta polémica está la voluntad de afirmar la prevalencia del nuevo Estatuto de autonomía de Cataluña, que se considera integrante del bloque de constitucionalidad, sobre la ley básica estatal. Pero lo cierto es que la polémica es más ficticia que real.

La regulación de las competencias en materia de función pública se encuentra en el artículo 136 del EAC, que se refiere a la distribución siguiente:

a) Competencia exclusiva sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanas y sobre la ordenación y organización de la función pública, salvando lo que dispone el párrafo siguiente.

b) Competencia compartida para el desarrollo de los principios ordenadores del empleo público, sobre la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas y los derechos, los deberes y las incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

c) Competencia exclusiva, en materia de personal laboral, para la adaptación de la relación de puestos de trabajo a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de personal.

Si leemos con atención este precepto, nos daremos cuenta con rapidez que la pretendida competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de función pública se limita a la submateria “ordenación y organización de la función pública”, es decir, a los instrumentos de planificación de los recursos humanos y la estructuración profesional de dichos recursos, lo que en principio no tiene que plantear un exceso de problemas si tenemos en cuenta que los preceptos del EBEP en esta materia son claramente directivos y su contenido regulativo admite su sustitución por distintas alternativas que puedan llegar a plantearse por las comunidades autónomas.

A mi juicio, los problemas en materia de competencias no se generan sobre esta materia. Cuestión distinta es el proceso de interiorización que sobre el régimen jurídico de la función pública local pueda provocar la aplicación combinada de la disposición final segunda del EBEP con el artículo 136 del EAC. Nótese que el Estatuto de autonomía catalán otorga competencias a la Generalitat de Cataluña en materia de “régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanes”, locución que sin duda incluye a las entidades locales de su territorio. Recuérdense también que la mencionada disposición del EBEP reconoce la posición singular de cada comunidad autónoma sobre su sistema institucional, lo que sin duda incluye a las entidades locales del territorio de Cataluña que, a los efectos del artículo 2.3 del EAC, forman parte del sistema institucional de la Generalitat, con lo que podremos concluir que el sistema de distribución de competencias establecido por el artículo 136 del EAC y reconocido por la disposición final segunda se proyecta también sobre la función pública local, desplazando a la legislación básica de régimen local en esta materia y, sobre todo, constituyéndose en un límite futuro para cualquier legislación de régimen local de carácter básico que quisiera especificar, más allá de los preceptos del EBEP, el régimen jurídico de los funcionarios locales.

El Estatuto de Cataluña no es el único que puede llevar a plantear en su desarrollo por la correspondiente ley de función pública algún tipo de incompatibilidad con el EBEP. En esta dirección hay que atender también al contenido del Estatuto de autonomía de Andalucía, cuyo artículo 47.3 prevé como competencia compartida de la comunidad autónoma el régimen estatutario de su personal funcionario, así como de su personal laboral, concretando, el artículo 76 del EAA, que corresponde a la Junta de

Andalucía la competencia exclusiva en materia de personal laboral, sobre la adaptación a las necesidades derivadas de la organización administrativa y sobre la formación de personal.

Con estos datos, es evidente que la consideración de los preceptos del EBEP que puedan incidir sobre el régimen jurídico del personal laboral en las administraciones públicas como legislación laboral, y por tanto, competencia exclusiva del Estado en base al artículo 149.1.7 de la CE, puede acabar produciendo una situación imposible de resolver. A mi juicio, va a ser muy difícil negar competencia a las comunidades autónomas para desarrollar las normas del EBEP que sean comunes a todos los empleados públicos; tampoco se podrá negar su competencia en aquellos preceptos que aun afectando a personal laboral conectan directamente con la competencia para planificar y ordenar su propio sistema de función pública, con lo que una de dos, o se admite que los preceptos del EBEP que puedan incidir en el régimen jurídico del contrato de trabajo son normas públicas dictadas al amparo del artículo 147.1.18, sobre las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas, como venía reconociendo hasta el momento nuestro Tribunal Constitucional, o se admite una especial incidencia de la competencia de nuestras comunidades autónomas en materia de legislación laboral del personal al servicio de las administraciones públicas, con lo que se podría afirmar que la convergencia normativa entre la materia relativa al régimen estatutario de los funcionarios públicos y la materia laboral produce un efecto de ampliación de la potestad normativa de las comunidades autónomas en un ámbito materialmente laboral. En todo caso, una y otra opción resultan poco concordantes con el diseño de las habilitaciones competenciales admitidas por la disposición final primera del propio EBEP.

5. Las peculiaridades de la Administración local

Uno de los problemas esenciales de nuestro sistema de función pública es su carácter adimensional. Las normas del empleo público en nuestro país han tendido siempre a la generalización siendo asépticas respecto a las condiciones en las que se debía desarrollar la relación de empleo desde la perspectiva de la organización, desconociendo la necesaria adaptación a la realidad de nuestras estructuras públicas y, más concretamente, a la de nuestras administraciones locales, olvidando la notoria fragmentación de nuestro mapa municipal y la no menos evidente diversidad de situaciones y de realidades que desde los más variados puntos de vista califican a las instituciones municipales.

Como dice el ICEBEP, las leyes de función pública están pensadas de manera exclusiva para la Administración del Estado y de las comunidades autónomas, aparatos a los que, si acaso, tan solo son equiparables los de algunos grandes ayuntamientos. De aquí la necesidad de tener en cuenta las singularidades de la Administración local que cuenta ya con casi el 25 por ciento del total de los empleados públicos del país.

Pues bien, lo cierto es que la recomendación ha tenido poco éxito en la voluntad de nuestro legislador. El EBEP sólo recoge expresamente especificidades relativas al personal de las entidades locales en las materias siguientes:

a) La regulación de las mesas de negociación y el reconocimiento de la legitimación negociadora de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito municipal (artículo 34 del EBEP).

b) La regulación de la situación de servicios especiales por desempeño de cargos electivos retribuidos y de dedicación exclusiva, y cuando se desempeñen responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales, así como cuando se desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas [artículo 87.1.f)].

Lo cierto es que al margen de estas cuestiones cuesta encontrar en el EBEP alguna regulación sustantiva de naturaleza adaptativa que vaya más allá de las menciones orgánicas o representativas.

Pero no se trata sólo de eso. Las referencias del ICEBEP contenían también una demanda de simplificación del ordenamiento jurídico de la función pública local que pasaba porque, más allá del EBEP, la legislación aplicable a los funcionarios de la Administración local fuera la que regulará la función pública de la respectiva comunidad autónoma. Dicha propuesta resultaba coherente con la incorporada en el *Libro blanco para la reforma del gobierno local* y, más concretamente, con los preceptos del Anteproyecto de ley básica del gobierno y la administración local preparado en la anterior legislatura, que incorporaba una disposición adicional novena que remitía el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración local a lo contenido en el EBEP.

Ya sea por la falta de sincronía en la tramitación y aprobación de los diferentes proyectos mencionados producida en la anterior legislatura o ya sea por la posición de la Federación Española de Municipios y Provincias, partidaria de mantener una regulación específica del personal al servicio de las entidades locales establecida directamente por el Estado, lo cierto es que el artículo 3.1 del EBEP señala que el

personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local.

Esta referencia, breve y sintética, al sistema de fuentes de la función pública local produce una serie de transformaciones sobre el esquema conocido que se han de considerar con atención, aunque a nosotros sólo nos corresponda comentarlas brevemente. En primer lugar, una interpretación literal del precepto nos indica que es voluntad del legislador básico estatal de la función pública general la aplicación, como mínimo concurrente, del EBEP con las bases del régimen local en materia de personal. Esta primera impresión se corrige, si se tiene en cuenta la disposición derogatoria única del propio EBEP, donde se afirma que quedan igualmente derogadas todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en el estatuto básico del empleo público. Por tanto, el EBEP supera la relación de concurrencia con el régimen local y se coloca en una posición primaria por encima de las bases de régimen local que han de quedar derogadas implícitamente cuando entren en contradicción con sus preceptos, lo que introduce un factor de incertidumbre en el conjunto de operadores jurídicos que se ven obligados a un análisis caso por caso para determinar la norma contenida en cada uno de los textos legales, calibrar su grado de compatibilidad y decidir la vigencia o no de un determinado postulado normativo.

Si se pretendía reducir la inseguridad del sistema jurídico aplicable a los funcionarios locales no parece que esta sea la mejor forma de conseguirlo. Pero es que, además, el artículo 3.1 del EBEP se aleja también de la propuesta del ICEBEP de ganar una mayor seguridad jurídica simplificando el doble marco de normas básicas estatales proyectadas sobre la función pública local, identificando la regulación de la función pública de la comunidad autónoma con la regulación de la función pública de las entidades locales de su ámbito territorial.

Además, la subsistencia de un esquema dual de bases estatales en materia de función pública local se aleja del proyecto de interiorización del régimen local en materia de empleo público que contienen los estatutos de segunda generación, lo que sin duda ocasionará más de un conflicto y seguirá lastrando la gestión de los recursos humanos en nuestras corporaciones locales que ante un sistema de derecho objetivo tan complejo como el expuesto acabaran priorizando el acuerdo con los sindicatos y la primacía del derecho convencional.

6. La difícil construcción de una clase directiva profesional

Para el ICEBEP la gerencia –la dirección pública– es una respuesta a las demandas sociales de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos. Desde esta perspectiva la regulación de un estatuto del directivo público, como una “clase de personal” al servicio de las administraciones públicas, resulta imprescindible. Dicha regulación debería abordar el acceso a este grupo profesional, la atribución legal de determinadas competencias y responsabilidades y el grado de autonomía con que pueden desempeñarse y las condiciones de cese. Aspecto esencial de cualquier estatuto de los directivos públicos debería ser la regulación de sus condiciones de empleo, el sistema de control y evaluación de su desempeño y el régimen de responsabilidad e incompatibilidades.

Lo cierto es que la categorización de esta figura en la ley básica estatal ha chocado con la oposición de las comunidades autónomas a la consagración de una nueva clase de personal cuya regulación básica podría entrar en contradicción con sus competencias en materia de organización de la Administración que, tal como plantea, por ejemplo, el artículo 150 del EAC, corresponde en exclusiva al ámbito de su autonomía política en aquello que hace referencia a la estructura y la regulación de los órganos y directivos públicos. Ello ha llevado a que la regulación del personal directivo sea muy breve y escueta, integrándose en un precepto aislado de un subtítulo “personal directivo” al título II que se enuncia como “clases del personal al servicio de las administraciones públicas”, con lo que se puede defender que el personal directivo no es en puridad una clase de personal sino una función directiva sobre la que las comunidades autónomas tienen una competencia exclusiva fundamentada en sus potestades de autoorganización. Es precisamente la extensión de este razonamiento la que permite al artículo 13.1 del EBEP deslegalizar la materia aseverando que el gobierno o los órganos de gobierno de las comunidades autónomas –hay que entender también que los órganos de gobierno de las entidades locales– podrán establecer el régimen jurídico del personal directivo.

Con todo, lo cierto es que el EBEP ha acertado a configurar una tipología de personal directivo que se define como profesional, es decir, como objeto de una profesión de un grupo de personas que deberán poseer las competencias necesarias para ejercer la función directiva. Dicho personal desempeñará las funciones directivas que sean definidas como tales en las normas específicas de cada administración pública, en el bien entendido de que el personal directivo que desempeñe funciones que impliquen

la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales deberá ser funcionario. En todo caso, el personal directivo habrá de ser seleccionado de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, así como de idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia. Dicho personal estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que hayan sido fijados. En fin, cuando el personal directivo tenga la condición de personal laboral, su relación jurídica estará sometida a la relación laboral de carácter especial de alta dirección, relación laboral que será modulada por los preceptos del EBEP y se entiende por la que puedan establecer al respecto las comunidades autónomas en desarrollo de las reglas básicas de carácter público que el EBEP haya previamente señalado.

Quizás el mayor mérito del EBEP en esta materia haya sido acertar con una figura de personal directivo encuadrada profesionalmente pero flexible en su desarrollo y adaptación a las necesidades de cada administración pública. Al respecto, hay que ser consciente de que dicha figura puede resultar no coincidente con la regulación, por ejemplo, de las formas de provisión de los órganos de directivos establecidos por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, órganos que son nombrados y cesados libremente por la Junta de Gobierno Local de acuerdo con criterios de competencia profesional y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública. Igualmente, no estará de más advertir que la falta de consolidación legal de la figura del personal directivo puede deparar numerosas sorpresas, tal como ha sucedido con la disposición adicional novena de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, que ha incidido en esta materia introduciendo una nueva disposición adicional, la decimoquinta, sobre el régimen de incompatibilidades y declaración de actividades y bienes de los directivos locales y otro personal al servicio de las entidades locales, del que por cierto parece deducirse que el personal eventual al servicio de las entidades locales puede desempeñar funciones directivas, lo que iría directamente en contra de la profesionalización pretendida por el EBEP para la dirección pública.

7. La reducción del empleo temporal en la Administración pública

Uno de los problemas esenciales identificados por el ICEBEP consiste en la necesidad de abordar el problema de la elevada temporalidad existente en el

empleo público que pusieron de manifiesto en toda su extensión el informe del Defensor del Pueblo titulado "Funcionarios interinos y personal eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público (2003)" y el informe del Consejo Económico Social denominado "La temporalidad en el empleo en el sector público (2004)". Estos informes revelaban que el aumento de la temporalidad en el empleo público y, más concretamente, en la sanidad, en la educación y en las entidades locales, había sido muy intenso en los últimos años. Téngase en cuenta que, según el estudio del CES, la tasa de temporalidad en las administraciones públicas españolas se situaba en torno al 22,8%, siendo mayor en las administraciones locales con casi el 30% y en la sanidad pública con un 29% de precariedad.

Para hacer frente a esta excesiva temporalidad el ICEBEP proponía una serie de medidas específicas y concretas, como podían ser las siguientes:

a) La necesidad de incluir las plazas vacantes existentes en las plantillas en las administraciones públicas desempeñadas por personal interino en la primera oferta de empleo público posterior a la interinidad, salvo que se decidiera su amortización.

b) El inmediato cese del personal temporal cuando cesara la causa que justificara su relación y la prohibición de prórroga o reiteración no justificada expresamente de los programas temporales que justificaran una contratación determinada.

c) La exigencia de responsabilidades de carácter disciplinario, patrimonial o, en su caso, penal, a las autoridades o funcionarios a los que se pudiera atribuir la prolongación irregular de la relación de servicio o laboral del empleado interino o laboral.

Pues bien, lo cierto es que de dichas recomendaciones sólo se ha recogido expresamente en el EBEP la obligación de incluir en la oferta de empleo público correspondiente las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos correspondientes al ejercicio en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización.

En cambio, no se ha introducido ninguna precaución en el manejo de las figuras de temporalidad. Es más, a mi entender las nuevas figuras de funcionarios interinos para la ejecución de programas de carácter temporal o por exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, aparecen en la escena del empleo público sin ninguna previsión destinada a prevenir los abusos en su utilización, ya que la norma estatutaria ha ignorado el consejo del ICEBEP para establecer un sistema de responsabilidad personal por el uso fraudulento de las formas de temporalidad en el empleo público.

En este sentido, la legislación autonómica parece querer cubrir esta dejadez del legislador básico estatal. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares previene que el interinaje por ejecución de programas temporales no podrá prorrogarse más allá de dos años; mientras que el artículo 8 de Decreto legislativo que aprueba el Texto refundido de la Ley de función pública de Galicia establece una tasa de interinaje funcional que no puede superar el 20% del total del personal funcionario de un centro directivo, ni el 3% del personal funcionario de la Xunta de Galicia, estableciendo, además, el artículo 10 del mismo texto legal, una responsabilidad personal por la contratación laboral de personal temporal al margen de las causas previstas por la Ley.

Lo que no figuraba en el ICEBEP, y ha sido expresamente introducido en el EBEP a instancias de las organizaciones sindicales que negociaron sus sucesivas redacciones, es una invitación a las administraciones públicas para que lleven a cabo procesos de consolidación de empleo con el objetivo de reducir la contratación temporal en las administraciones públicas y acabar con una situación irregular que se pretende corregir para el futuro.

En esta dirección, la disposición transitoria cuarta del EBEP prevé que las administraciones públicas puedan efectuar convocatorias de consolidación de empleo a puestos o plazas de carácter estructural que estén dotados presupuestariamente y se encuentren desempeñados interina o temporalmente con anterioridad a 1 de enero de 2005. Por tanto, los requisitos que han de cumplir los puestos de trabajo incorporados a estas convocatorias, que pueden ser activadas por todas las administraciones públicas, son sencillamente los de carácter estructural, dotación presupuestaria y cobertura temporal o interina con anterioridad a 1 de enero de 2005, fecha que no es ningún capricho del legislador sino que coincide exactamente con la finalización del último proceso de consolidación temporal producido en la Administración general del Estado, sobre la base del Acuerdo Administración-Sindicatos para el período 2003-2004, para la modernización y mejora de la Administración pública, que estableció la posibilidad de emprender procesos de consolidación de empleo temporal estructural anterior al 2 de diciembre de 1998 durante su período de vigencia, que concluía el 31 de diciembre de 2004.

En todo caso, los procesos selectivos de consolidación de empleo han de garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, teniendo en cuenta que el contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos

objeto de la convocatoria y que en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados a las administraciones públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria. Los procesos selectivos de consolidación de empleo habrán de ajustarse a las prescripciones de los párrafos 1 y 3 del artículo 61 del EBEP, y ello quiere decir que habrán de ser abiertos y garantizar la libre concurrencia. Además, sólo se podrá otorgar a la fase de valoración de méritos una puntuación proporcionada que no llegue a determinar, en ningún caso, el resultado del proceso selectivo.

8. La composición de los órganos de selección

Por imperativo constitucional, el acceso al empleo público ha de estar presidido por los principios de igualdad y mérito. Dichos principios se desconocen cuando los órganos de selección que han de procurar a las administraciones públicas un proceso selectivo en condiciones de paridad y una decisión selectiva que permita el acceso al empleo públicos de los mejores candidatos se integran por personas que actúan en representación de partidos políticos o de organizaciones sindicales que pretenden favorecer a sus "representados". De aquí que el ICEBEP considere una de las claves fundamentales de la credibilidad de todo el proceso selectivo una composición técnica de los órganos de selección en base al principio de imparcialidad y profesionalidad. Ello significa el establecimiento de unas reglas mínimas de exclusión que atañen al personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de candidatos y, en general, todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación. Ello significa, también, la conversión del conocido principio de especialidad en un principio de profesionalidad que incluya como matiz distintivo una especial preparación de los miembros de los órganos de selección que les procure un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal.

Lo cierto es que los principios de imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección se han afirmado con claridad en el artículo 60.1 del EBEP. En cambio, no puede decirse lo mismo del sistema de exclusiones planteado por el ICEBEP. Se ha excluido de la composición de los órganos de selección al personal de elección o de designación política, al personal funcionario, y parece que por extensión, al personal laboral temporal y al personal eventual. Exclusiones que, por cierto, no han provocado más que alguna tensión menor en el ámbito de

la Administración local, donde se ha intentado justificar la presencia de miembros de nuestras corporaciones locales en base a la indisoluble relación existente entre el nivel político y el nivel administrativo que comporta el principio de autoadministración. Sin embargo, ha resultado mucho más difícil excluir de la composición de los órganos técnicos de selección a la representación sindical o unitaria de nuestros funcionarios públicos.

El artículo 60.3 del EBEP establece que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie. El Proyecto de ley del Estatuto básico del empleado público, presentado en el Congreso de los Diputados (BOCG de 8 de septiembre de 2006, núm. 94, serie A, proyectos de ley) contenía esta misma prohibición redactada de una forma distinta:

"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 de personal o cualquier otra entidad representativa de intereses."

En el mismo texto figuraba una previsión referida al personal laboral según la cual las administraciones públicas podían negociar "las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos", precepto que se ha incorporado al artículo 61.7 del EBEP. Pues bien, en el transcurso del proceso selectivo ha desaparecido la referencia expresa a la exclusión de la representación de asociaciones, organizaciones sindicales y órganos unitarios de representación de personal y la disposición ha quedado redactada como la conocemos.

Una interpretación estricta del precepto conduce ineludiblemente a la conclusión de que la participación en un órgano de selección no puede fundamentarse en una designación o propuesta de un tercero capaz de generar un vínculo de representación o gestión de sus intereses propios. Se podrá relativizar esta exclusión advirtiendo que en la representación una persona designa a otra que actúa en su nombre, mientras que en la propuesta una persona propone a otra al efecto de que sea nombrada sin que esto suponga que actúa en su nombre, olvidando que la propuesta en Derecho público supone el ejercicio de un derecho que habilita las condiciones necesarias para la producción del acto administrativo de nombramiento con la consecuencia última de que el órgano con capacidad para adoptar la decisión sólo puede aceptar o no la oferta realizada por el proponente, sin capacidad para sustituirla por otra, con lo

que, se quiera o no, la relación que se constituye entre la persona propuesta y el proponente no deja de tener una raíz de naturaleza representativa: se es designado miembro de un órgano de selección en cuanto se ha sido propuesto por una determinada representación de los empleados públicos. Las personas nombradas a propuesta de una organización actúan en representación de esa misma organización, con la única diferencia, a la que por cierto se refiere el artículo 24 la LRJAPyPAC, de que las organizaciones representativas de intereses sociales no podrán sustituir a sus miembros por otros, supuesto que se produce cuando la participación en un determinado órgano colegiado se atribuye directamente a la organización sindical de referencia. A mayor abundamiento, no se nos ocurre otra forma de integración en el órgano de selección que la formulación de una propuesta formulada por la representación que corresponda seguida de la pertinente designación como miembro del órgano de selección.

Alternativamente se ha planteado la posibilidad de que los representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos unitarios puedan integrarse como asesores, con voz y sin voto, o como observadores, sin voz ni voto, pero conservando en cualquier caso el derecho a ser convocados y a asistir a las reuniones del órgano de selección, con la finalidad, se dice, de controlar el proceso selectivo y mejorar sus garantías de transparencia e imparcialidad. Pero lo cierto es que la figura del observador no existe en nuestro Derecho del empleo público y la posible utilización de asesores especialistas se limita a la colaboración técnica en materias de su especialidad y no a servir como vía indirecta a través de la cual se haga presente el sindicato en el proceso de selección.

En esta dirección, se nos recuerda que el artículo 61.7 del EBEP incluye para el personal laboral la posibilidad de que las administraciones públicas negocien formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos de selección, olvidando que dicha posibilidad existía en el proyecto de ley presentado por el Gobierno y se consideraba compatible con la prohibición de integración de vocales representativos de las organizaciones sindicales en los órganos de selección de todos los empleados públicos.

Llegados a este punto, es el momento de constatar que en la actualidad no existe ningún precepto legal que permita la participación de los sindicatos o de las juntas de personal en los órganos de selección de los empleados públicos. Por tanto, parece que la actividad de supervisión del sindicato de la función selectiva que realizan los órganos de selección se ha de producir desde el exterior del órgano selectivo,

debiendo reconocerse a las representaciones de los empleados públicos capacidad suficiente para conseguir información sobre la composición nominal del órgano de selección, la realización de las pruebas y ejercicios, los criterios que puedan establecerse para la integración y aplicación de las bases de las convocatorias y las incidencias que puedan producirse en el proceso selectivo. Sólo así puede entenderse el contenido del artículo 36.1 del EBEP, en el que se reconoce a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública legitimación para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

Pero, también, es el momento de constatar la resistencia ofrecida por las organizaciones sindicales a una posible pérdida de posición en los órganos de selección del empleo público que sorprende en un sindicalismo democrático, que debería tener una mejor comprensión del principio de igualdad y mérito, resistencia que ha contado con la complicidad, o la debilidad, de nuestras administraciones públicas, que no han adoptado una actitud decidida en esta cuestión. En la que podría ser una adecuada comprensión de las previsiones establecidas por el EBEP, hay que traer aquí a colación el artículo 51.5 de la Ley de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuando establece que no pueden formar parte de los órganos de selección “los representantes de las empleadas y de los empleados públicos, sin perjuicio de las funciones de vigilancia y control del buen desarrollo del procedimiento selectivo”.

9. La carrera administrativa: competencia y desempeño profesional

Uno de los principales problemas del nuestro sistema de función pública es la inexistencia de un carrera de los funcionarios públicos capaz de proyectarse a lo largo de su vida profesional como elemento motivador de su desempeño y de la mejora de sus competencias profesionales. Ese vacío se quiere llenar ahora con un nuevo modelo de promoción horizontal vinculada al desarrollo de las competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en un mejor rendimiento y acreditado a través de un sistema de evaluación del desempeño de los empleados públicos.

La carrera horizontal exige una serie de requisitos a los que deben atender las diferentes administraciones públicas en la forma siguiente:

a) Articular un sistema de grados, categorías o escalones de ascenso fijándose la remuneración para cada uno de ellos.

b) Vincular la progresión entre los diferentes grados, categorías o escalones de ascenso a la valoración de la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño.

c) Establecer un sistema de evaluación del desempeño cuyos criterios y mecanismos generales de procedimiento deberán ser negociados con las organizaciones sindicales representativas de los empleados públicos.

El proceso no es simple y puede complicarse aún más si se opta por relacionar la conducta profesional con un sistema de competencias o de perfiles competenciales, entendido como la identificación y la definición de las capacidades profesionales y de los comportamientos necesarios para el desarrollo excelente de un determinado puesto o perfil profesional, y se proyecta el instrumento de evaluación sobre la valoración de esas competencias profesionales en sus distintos grados de adquisición.

En todo caso, conviene hacer notar que en el sistema del estatuto del empleado público la evaluación del desempeño es una técnica multifuncional. Ha de servir para evaluar la adquisición de competencias profesionales, pero también el rendimiento individual o grupal, como equipo o unidad de trabajo, sobre la base de la definición de objetivos e indicadores de rendimiento que sirvan para asignar complementos retributivos relacionados con la productividad del empleado público.

La articulación del sistema no es fácil, ya que exige la posesión de la capacidad de gestión necesaria para poder definir y clasificar el perfil de competencias profesionales de cada uno de los puestos de trabajo de una determinada administración pública y un sistema de objetivos suficientemente individualizado para determinar la aportación que se espera de cada empleado público a su consecución. Ello ha de hacerse procurando una mayor personalización de la gestión de los recursos humanos, en medio de una intensa concertación social y garantizando siempre un sistema de recursos que permita trasladar la idea de que las nuevas técnicas de promoción y evaluación se fundamentan en el principio de equidad.

Las desviaciones del modelo son también conocidas: automatismo en la evaluación, separación entre evaluación y progresión en la carrera profesional o en la asignación de la retribución por rendimiento, burocratización del proceso de evaluación, fomento de la competencia personal en función de análisis comparativos, oposición sindical y falta de capacidad de los gestores de la función de recursos humanos en nuestras administraciones públicas para impulsar un proceso de este tipo.

En todo caso, lo cierto es que el nuevo sistema de promoción profesional ha abierto un buen número de expectativas que pueden defraudarse por unas normas de desarrollo que no lleguen a ajustarse a las opciones previstas. Si repasamos lo sucedido en las diferentes administraciones públicas, podríamos llegar a percibir una serie de pautas iniciales como las apuntadas en los enunciados siguientes:

a) La conversión del nuevo sistema de carrera horizontal en carrera de grado personal en base a la superación de cursos de formación y la evaluación del desempeño (artículo 67 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares).

b) La introducción de automatismos de progresión en los niveles de carrera profesional horizontal fijados únicamente sobre la base del tiempo de ejercicio profesional (décimo, Acuerdo entre la Junta de Extremadura y los sindicatos más representativos en el ámbito de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Extremadura sobre los criterios generales de la carrera profesional horizontal de los empleados públicos de dicho ámbito, Mérida, 15 de septiembre de 2008).

c) El acotamiento o establecimiento de límites para el desarrollo de un proyecto de carrera profesional que se entiende ha de mejorar a corto plazo las expectativas retributivas de los funcionarios públicos (III, Acuerdo de 22 de febrero de 2008, del Consell, por el que se aprueba el Acuerdo Administración-Sindicatos, de 20 de febrero de 2008, de la Mesa Sectorial de Función Pública, sobre condiciones de trabajo para el período 2008-2011, DOGV 5710/25.02.2008).

10. La afirmación de la posición del sindicato en el sector público

La presencia del sindicato en el sector público, en base a un modelo de relaciones laborales trasladado directamente desde el sector privado que ha relativizado las particularidades del entorno público, no puede valorarse positivamente. Pesan en esta valoración la deficiente articulación del sistema de negociación, la imprecisión en las materias que han de ser objeto de negociación o la práctica de una negociación inspirada en la obtención de ventajas concretas y tangibles para los empleados públicos al margen de toda consideración por el interés colectivo y la eficiencia del servicio público como elemento esencial de la solidaridad social.

Las soluciones aportadas por el EBEP no parece que vayan a mejorar esta situación. Lo cierto es que la estructura de la negociación colectiva que pretendía simplificarse se ha complicado extraordinaria-

mente con la emergencia de un nuevo ámbito de negociación de obligada constitución en todas nuestras administraciones públicas, como puede ser la mesa general de negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada administración pública. Dicha mesa de negociación no sustituye a la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y tampoco sustituye a la comisión negociadora del convenio colectivo laboral. De esta manera se sobrepone una nueva unidad de negociación a las existentes y no se elimina ninguna, con lo que la operación resulta de dudosa eficacia y legitimidad en el marco de un sistema de relaciones laborales al que se añade una mesa general de negociación de las administraciones para negociar las materias que resulten susceptibles de regulación estatal con el carácter de norma básica, incluido el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las administraciones públicas que corresponda incluir en el Proyecto de ley de presupuestos generales del Estado de cada año, y, en principio con carácter facultativo, una mesa general de negociación de las administraciones públicas de cada una de nuestras comunidades autónomas, con capacidad para determinar aquellas materias que hayan de ser idénticas y objeto de negociación en el régimen del personal al servicio de las administraciones públicas de su sistema institucional. El sistema se completa con la legitimación negocial conferida a las asociaciones y federaciones de municipios y a las entidades supramunicipales de carácter intermedio para negociar acuerdos de condiciones de trabajo para los empleados públicos de su ámbito territorial al que podrán adherirse los municipios de dicho ámbito, legitimación que se otorga para superar los vacíos de negociación que se daban en la estructura de entidades locales de nuestro territorio pero que, si se conciben como acuerdos de adhesión, implican la necesaria existencia de una instancia de negociación que acepte previamente dicha operación, lo que acaba inutilizando un mecanismo pensado para la cobertura de los vacíos negociales y no como un complemento o mejora de la negociación.

Por lo que hace referencia al ámbito material de la negociación, el EBEP ha realizado un serio esfuerzo para delimitar el objeto de la negociación identificando con mayor claridad las cuestiones negociables y las que quedan excluidas de la negociación. En este sentido, han desaparecido las cláusulas generales de la antigua legislación que permitían negociar cuantas otras materias pudieran afectar a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones de los funcionarios públicos y sus organizaciones sindicales con la Administración; igualmente, se ha ampliado la lista

de materias que se excluyen de la obligatoriedad de la negociación introduciendo los derechos de los usuarios de los servicios públicos, la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo y la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Finalmente, la técnica legislativa utilizada para la concreción de las materias objeto de negociación se cuida de subrayar aquello que ha de ser objeto de negociación, las normas, los criterios generales, los planes y las propuestas, resaltando que la negociación colectiva es siempre un proceso de determinación general de condiciones de trabajo que ha de oponerse a la determinación concreta y singular de un determinado proceso o acto administrativo en materia de personal.

En todo caso, la mayor precisión obtenida en las materias objeto de negociación se empaña por la concesión que supone la obertura a la negociación de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, aunque aquello que ha de ser materia de negociación no es propiamente la decisión organizativa sino la repercusión que la misma pueda tener sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Con todo, la posición del sindicato en el proceso de negociación queda ahora robustecida por la especial dificultad que van a tener las administraciones públicas para resolver el proceso de negociación con el retorno a la fijación unilateral de las condiciones de trabajo de los empleados públicos en aquellos supuestos en que no se haya podido obtener un acuerdo en la negociación o el acuerdo obtenido no haya obtenido la pertinente ratificación del correspondiente órgano de gobierno. La falta de ratificación de un acuerdo comporta ahora un proceso de renegociación, siempre que lo solicite el banco sindical de la mesa de negociación, y la falta de acuerdo en la negociación comporta también una mediación obligatoria, siempre que lo solicite la instancia sindical con presencia en la mesa de negociación. Sólo en el supuesto en que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Se olvida de esta manera, a favor de un pretendido principio de autonomía colectiva que se quiere también presente en la Administración pública, que la negociación colectiva en la función pública es un sistema de participación del sindicato en el poder de que disponen nuestros órganos de gobierno para ordenar y dirigir la Administración pública, poder

que se ha de orientar en función de un interés público que no puede subordinarse al interés colectivo de nuestros funcionarios, que, frente al interés del conjunto de nuestra comunidad de ciudadanos, es siempre un interés concreto y específico.

11. La codificación de la ética del empleado público

La codificación de la ética de los empleados públicos aparece en el sistema estatutario como un elemento de modernización de los servicios públicos. Su objetivo es evidente: establecer una serie de deberes de los funcionarios públicos y atender al modo en que han de cumplirse en base a la determinación de actuaciones o comportamientos de hacer o no hacer que atienden a la configuración de un código de conducta más o menos difuso con capacidad para determinar el marco ético que debe presidir la actuación individual de cada uno de nuestros funcionarios públicos.

Dicho código de conducta tiene una finalidad pedagógica y orientadora, presentándose como una fórmula de racionalización del derecho disciplinario que sirva de referencia para adoptar un determinado comportamiento en caso de duda. Pero se quiere también que dichos principios actúen como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias. En este sentido, el código de conducta debería servir para simplificar y hacer más comprensibles las faltas profesionales que los empleados públicos pudieran cometer, lo que, en principio, parece no haberse conseguido dada la desconexión existente entre los principios y las faltas disciplinarias en la concreción de las diferentes conductas. A partir de aquí, puede plantearse el problema de su exigibilidad y vinculación jurídica, que, a nuestro entender, puede resolverse si se utilizan los principios de conducta como elemento auxiliar que permita al juez la identificación de conductas susceptibles de configurar los diferentes tipos jurídicos propios del sistema de faltas administrativas en su remisión a deberes deontológicos o a conceptos jurídicos indeterminados. También pueden servir al juzgador para corregir el margen de apreciación de que goza la Administración pública para el discernimiento de la gravedad o la levedad de las infracciones y, en relación con ello, la graduación de las respectivas sanciones. En todo caso, resultará ilustrativo para comprender el verdadero valor de dichos códigos de conducta el uso que de los mismos se haga como informadores de la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos por los mismos órganos de gobierno de las administraciones públicas y por la jurisdicción contenciosa.

El código de conducta de los empleados públicos es un código legal, constituyendo sus reglas verdade-

ras normas jurídicas que se proyectan sobre formas de actuación, conductas o comportamientos a observar por los empleados públicos. Hay, pues, una ética del empleado público, pero no hay como tal una ética de la institución pública que tenga un carácter más comprensible y global, proyectándose como una garantía para los ciudadanos. La ética individual no es la ética corporativa.

Finalmente no estará de más advertir que el código de conducta de los funcionarios públicos no va acompañado de la constitución de una infraestructura ética para el empleo público destinada a reforzar las conductas adecuadas y a evitar, identificar y corregir las conductas no deseadas desde el punto de vista ético.

Aquí las conductas a adoptar son muy variadas pero van desde la existencia de un marco general de formación efectiva a través del cual los funcionarios aprenden y adoptan normas éticas, pasando por la existencia de una serie de mecanismos de control interno y de un sistema de protección real de los empleados públicos que denuncien los comportamientos inapropiados o la infracción de las normas en vigor y llegando a la creación de una unidad, centro o servicio especial con capacidad de asesoramiento en materia de conflictos de intereses y de promoción de conductas éticas.

12. Las huidas

Nuestra intervención debe terminar con una breve referencia a los problemas de fuera, a los que no se han dicho, a lo que no se ha querido o podido resolver.

El primero y principal sigue siendo la ausencia de una función de recursos humanos capaz de gestionar una serie de políticas con una impronta de modernidad evidente. Cuando se decide abordar problemas de una seriedad indiscutible, como pueden ser las políticas de selección del personal, la evaluación del desempeño con incidencia en la carrera, la retribución o la provisión de puestos de trabajo, la profesionalización de la negociación colectiva en el sector público o la constitución de una infraestructura ética para la gestión del empleo público, hay que dotarse de medios personales calificados en la gestión de los recursos humanos en el sector público y, sobre todo, hay que constituir instituciones tales como las oficinas de selección de personal, las escuelas de administración pública, las agencias para la representación pública en la negociación colectiva, los sistemas de solución de conflictos o la creación de un comité de ética pública. La necesidad objetiva de un sistema de instituciones para la política de recursos humanos en el sector público es, simplemente, una necesidad desatendida; y sin ella no hay reforma, sólo legislación.

En el capítulo de las huidas la segunda referencia hay que hacerla a la paradójica situación de un nuevo régimen jurídico del empleo público que aparece huérfano de referencia al sistema de tutela jurisdiccional vigente y anuncia por ello mismo la futura querrela jurisdiccional.

Lo cierto es que sobre el empleo público y, más concretamente, sobre las normas del EBEP comunes al personal funcionario y laboral, van acabar convergiendo dos órdenes jurisdiccionales con distintos principios y procedimiento y, por qué no decirlo, con distinto resultado final en la producción de resoluciones que pueden ser contradictorias entre sí. Tales circunstancias afectarán a la seguridad jurídica y pueden acabar suponiendo una lesión al principio de igualdad en la aplicación de la ley. De aquí que sea muy conveniente no olvidar que la regulación de las peculiaridades del régimen del personal laboral al servicio de las administraciones públicas supone su "funcionarización", acercando el tratamiento dado a ambos colectivos de empleados públicos, sobre la base de los principios que inspiran la actuación de las administraciones públicas, encuadrables en el Derecho público y muy diferentes de aquellos que regulan la libertad de negociación entre trabajadores y empresarios.

La primera prueba de fuego la tendremos sin duda en la jurisdicción competente para conocer de los llamados acuerdos mixtos o acuerdos sobre materias comunes al personal laboral y funcional. Dichos instrumentos tendrán la consideración y efectos de acuerdos para los funcionarios y de convenios sobre materias concretas para el personal laboral. De surgir dudas sobre una cláusula del acuerdo o sobre la legalidad del mismo, la decisión sobre la controversia puede seguir dos posibles vías de actuación:

a) Resolverse por los órganos de la jurisdicción social o de la jurisdicción administrativa, según la naturaleza de la disposición impugnada, pudiendo plantearse idéntica cuestión y decidirse de manera distinta por cada órgano jurisdiccional.

b) Entender que no resulta conveniente la división de la causa y que la unidad de actuación, la naturaleza del acto de aprobación y el carácter público de la legislación que da cobertura a este tipo de acuerdos indican como solución más adecuada que la resolución de sus impugnaciones corresponda en todo caso a la jurisdicción contenciosa.

En todo caso, la polémica está servida.

Bibliografía

AZEMAR I MALLARD, Lluís. "Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo", en Del Rey Guanter, Salvador (director), *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, Madrid, 2008.

CARDENAL CARRO, Miguel. "Un estatuto para los empleados públicos", XIX Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

CASTILLO BLANCO, Federico A. "El Estatuto básico del empleado público: ¿Hasta dónde llegan las bases?", III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

ELORZA GUERRERO, Fernando. "El código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público", XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

EMBID IRUJO, Antonio. "Incidencia del Estatuto básico del empleado público en la normativa de las comunidades autónomas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 137 (2008).

GÁRATE CASTRO, Javier. "Una valoración crítica de la regulación de los deberes de los empleados públicos en su estatuto básico", XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

JEAN-PIERRE, Didier. *L'éthique du fonctionnaire civil. Son contrôle dans les jurisprudences administrative et constitutionnelle françaises*, LGDJ, París, 1999.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. "Luces y sombras del nuevo Estatuto básico del empleado público", en Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios al Estatuto básico del empleado público*, La Ley, Madrid, 2008.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. "Marco competencial de la Generalitat en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local", *RVAP*, 80 (2008).

Llibre blanc de la funció pública catalana, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2005.

MAGRE FERRAN, Jaume (editor). *Informe de l'Observatori de Govern Local*, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2006.

MARCED CAÑETE, Carmen. "La negociación colectiva de los empleados públicos y el control jurisdiccional", en AA.VV., *La negociación colectiva en las administraciones públicas a propósito del Estatuto básico del empleado público*, CJPJ, Madrid, 2007.

MARTÍNEZ YÁNEZ, Nora María. "La consolidación del empleo temporal en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público", XIX Congreso Nacional de la Asociación Española del Trabajo y de la Seguridad Social, Badajoz, 29 y 30 de mayo de 2008.

MERCADER UGUINA, Jesús R.; GIMENO DÍAZ DE ATAURI, Pablo. "Cuestiones de competencia jurisdiccional", *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

ORTEGA, Luís. "La extensión de las normas básicas en el nuevo Estatuto básico del empleo público", III Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Granada, 2008.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. "La problemática determinación del régimen jurídico del personal laboral al servicio de la administración y, especialmente, de la Administración local", *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

ROQUETA BUJ, Remedios. "La negociación colectiva del personal laboral de las administraciones locales tras el Estatuto básico del empleado público", *Revista de Estudios Locales*, 112 (2008).

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Comentarios a la Ley del Estatuto básico del empleado público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

SERRANO PASCUAL, Antonio. "El Estatuto básico del empleado público y las entidades locales: Valoración crítica", *Cuadernos de Derecho Local*, 15 (2007).

SERRANO PASCUAL, Antonio. "La regulación de la función directiva profesional en las entidades locales, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público", *El Consultor*, 23 (2007).

SEMPERE NAVARRO, Antonio V. "Las relaciones de ET y EBEP", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 731 (2007).

WEISS, Jean-Pierre. *L'évaluation et la notation des fonctionnaires de l'Etat*, Ministère de la Fonction Publique, París, 2006. ■