

Análisis de la normativa aplicable en la función pública local en los ámbitos de acceso, selección, carrera, promoción interna, provisión de puestos y situaciones administrativas.¹

Sessió 14 de Febrer de 2008. Federació de Municipis de Catalunya.

Manuel Férrez Fernández.

INTRODUCCIÓN : EN EL NUEVO LABERINTO DEL MINOTAURO

A) El nuevo laberinto

Hay un claro consenso en que el legislador estatal ha estado poco afortunado a la hora de establecer las reglas de entrada en vigor del nuevo Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), así como en la redacción de determinados preceptos que pretenden introducir importantes novedades. Ello ha provocado una “compulsiva” reacción de las diferentes administraciones (estatal, autonómicas y locales – diputaciones, grandes ayuntamientos, la Federación Española de Municipios, etc.) mediante la aprobación de instrucciones interpretativas que, desgraciadamente, tampoco han aportado toda la luz necesaria para abordar con garantías la aplicación de la nueva norma básica. Y la doctrina parece estar por ahora en una fase más voluntarista que reflexiva, pues no ha tenido tiempo de “digerir” la profundidad de los problemas de aplicación de una norma cuya redacción es “manifiestamente mejorable”. Todo esto es más preocupante en el mundo local, que se ve inmerso en un nuevo laberinto jurídico que condiciona las decisiones sobre la ya de por sí difícil gestión de personal; y no es que el laberinto hasta ahora existente fuera mejor, pero ya era conocido y había sido reiteradamente “depurado” por bastantes decisiones judiciales y oportunos textos refundidos.

¹ La presente ponencia es una adaptación de las reflexiones sobre el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público que el autor ha publicado en los siguientes libros colectivos: *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, coordinado por Alberto PALOMAR OLMEDA (editado por el CEMCI, Granada, 2007); *El Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ (editado por EL Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2008); y *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, dirigido por Salvador DEL REY GUANTER (editado por La Ley, Madrid, 2008).

El operador jurídico tiene ahora un doble reto: acertar con el precepto aplicable y elaborar una interpretación que pueda superar el control de unos Tribunales de Justicia que, en el mayoría de los casos, tienen que empezar a abrir un nuevo camino con las mismas dudas y contradicciones que quienes, en función del interés que representan en cada caso concreto, pueden defender interpretaciones contradictorias.

Este nuevo laberinto empieza por el sistema de fuentes del empleo local a partir de las siguientes premisas:

- El artículo 136.a) del nuevo Estatut d' Autonomia de Catalunya (EAC) que asimila definitivamente al personal de las administraciones locales con el de la administración de la Generalitat.
- El artículo 3.1 del EBEP, que deja la puerta abierta al mantenimiento de la dualidad competencial del Estado para dictar bases en concepto de función pública general y de régimen local.
- El artículo 87.3 del nuevo EAC reconoce a los municipios la potestad normativa en el ámbito de sus competencias y el art. 3.1 del EBEP establece que tanto la normativa básica como la legislación autonómica de desarrollo deben respetar la autonomía local.

A la espera de que el Parlament de Catalunya apruebe la futura Ley sobre el régimen estatutario del personal al servicio de las administraciones públicas catalanes y sobre ordenación y organización de función pública, con respeto a la autonomía local, hemos de interpretar (o "adivinar") que normativa, tanto estatal como autonómica, está en vigor y cual debe ser el criterio de aplicación, partiendo de una clara esquizofrenia entre la disposición derogatoria y la disposición final cuarta que merecería constar en un lugar preferente en una hipotética antología del disparate jurídico.

B) El hilo de Ariadna

Durante este **período transitorio**, que se intuye largo, los operadores jurídicos del ámbito local han de tejer su propio "hilo de Ariadna" para moverse por este laberinto constituido, en relación con los temas de esta ponencia, en el ámbito local de

Catalunya por el siguiente esquema de sistema de fuentes identificando las normas más relevantes :²

a) Normativa estatal básica :

- La Ley 7/ 2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- La Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública.
- La Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (Título VII “Personal al servicio de las entidades locales” –arts. 89 a 104 y 127.h).

- El Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (Título VII “Personal al servicio de las entidades locales” –arts. 126 A 177 Y Disp. Final Séptima – básicos : 151.a, 167 y 169).
- El Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración local. (en los preceptos que tienen el carácter de bases)

b) Normativa de la Generalitat de Catalunya de desarrollo de la normativa básica:

- El Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (Título XX “Del Personal al servei dels ens locals - arts. 282 a 306 y Disp. Ad. Primera).

- El Decret 214/1990, de 30 de juliol, pel qual s'aprova el reglament del personal al servei de les entitats locals (sólo determinados preceptos).

² Seguimos la propuesta de sistema de fuentes defendida por Eduardo PARICIO en su comentario a la ponencia de José Luís MARTÍNEZ-ALONSO y cuya diferencia principal está en que PARICIO defiende la prevalencia del reglamento municipal sobre la normativa supletoria, tanto autonómica como estatal; creemos que la redacción de los arts. 87.3 del nuevo EAC y 3.1 del EBEP avalan esta interpretación.. En la ponencia de MARTÍNEZ ALONSO se contiene una exhaustiva enumeración de las normas aplicables a la función pública local. (ver la obra colectiva coordinada por Joan MAURI *Quina funció pública volem pels postres Ajuntaments?* , editado por la Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, 2004).

- El Decret Legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública (en los términos de remisión del Decret Legislatiu 2/2003, pues en los restantes aspectos tiene carácter supletorio)

c) Normativa de la propia entidad local

- Los reglamentos y acuerdos propios de cada entidad local.

d) Normativa autonómica de carácter supletorio

- El Decret 28/1986 por el se aprueba el Reglament de selecció d e personal de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

- El Decret 123/1997 por el que se aprueba el Reglament General de provisió d e llocs d e treball i promoció profesional dels funcionaris de l'Adminisració de la Generalitat de Catalunya

e) Normativa estatal de carácter supletorio

- El Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración general del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles del Estado

- El Real Decreto 365/1995 por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

1. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO.

1. 1. Introducción

1. 2. Requisitos de los aspirantes

1.3. Requisitos de validez de todo proceso selectivo

1.3.1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia. Las excepciones

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

1.3.3. La elección del sistema selectivo más adecuado

1.3.4. La composición de los órganos de selección

1.3.5. El contenido de la convocatoria

1.4. Las especificidades de la selección de funcionarios interinos.

1. EL ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

El acceso al empleo público es uno de los capítulos más relevantes de la Ley 7/ 2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) y las novedades que introduce son de aplicación directa en el mundo local. En esta materia el EBEP incide sobre todo en Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se aprueban las reglas básicas y los programas mínimos a que se ha de ajustar el procedimiento de selección de funcionarios de la Administración Local y en el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL).³ En Catalunya la norma de referencia es el Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (Título XX “Del Personal al servei dels ens locals - arts. 282 a 306 y Disp. Ad. Primera).

1.1. Introducción

El artículo 55.1 EBEP reproduce la fórmula ya consagrada de que “Todos los ciudadanos tiene derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. La principal innovación de la Constitución de 1978 al reconocer la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos no representativos es el otorgarle naturaleza jurídica de derecho fundamental. El Tribunal Constitucional ha establecido la siguiente doctrina en cuanto a la calificación jurídica y contenido del derecho de acceso en condiciones de igualdad:

a) La determinación del contenido sustantivo del artículo 23.2 se puede realizar desde una doble perspectiva. Así, desde una óptica negativa, en la misma línea de la concepción francesa y de la tradición española, del artículo 23.2 no nace derecho

³ Artículos 133, 134, 136, 137, 167 y 169 a 175 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (TRRL), que completan la escueta regulación de los artículos 89, 91, 100, 101 y 102 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL).

alguno a la ocupación o al desempeño de funciones determinadas, y ni siquiera el derecho a proponerse como aspirante a ellos. Y, desde una perspectiva positiva, el artículo 23.2 CE reconoce el derecho a todas aquellas personas que reúnan los requisitos previamente establecidos a acceder, permanecer y ejercer el correspondiente empleo público. Por acceso debe entenderse tanto el ingreso por primera vez como la ocupación sucesiva de diferentes puestos una vez incorporados al empleo público, lo cual incluye los diferentes supuestos de provisión de puestos y de promoción. La permanencia en el puesto conlleva el derecho a no ser removido sino por las causas y con las garantías legalmente establecidas, pero no puede exigirse, en el caso de los funcionarios, que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso. Por último, respecto del derecho al pleno ejercicio o desempeño de la función o cargo público el Tribunal Constitucional entiende que conlleva una serie de facultades que no pueden ser menoscabadas o desconocidas mediante perturbaciones ilegítimas en su desempeño, pues las mismas forman parte del status propio de cada cargo o función.

b) La formulación de los requisitos y de las reglas de procedimiento para el acceso al empleo público deben reunir las notas de generalidad, abstracción y objetividad. La exigencia de generalidad y abstracción tiene como consecuencia la prohibición de referencias individualizadas o de pretericiones "ad personam", en la terminología del Tribunal Constitucional; y esta doble exigencia derivada del artículo 23.2 CE es también vinculante para el legislador, al que le está vedada la utilización de una ley singular en ese sentido. Pero la posibilidad de la previa determinación de las personas que reúnen las condiciones establecidas en aplicación del principio constitucional de mérito no implica referencia individualizada y concreta, salvo que el mérito en cuestión carezca de fundamentación objetiva. Y la fundamentación de la objetividad del artículo 23.2 CE la encuentra el Tribunal Constitucional en su necesaria vinculación con el artículo 103.3 CE, lo que implica que los requisitos de acceso deben referirse exclusivamente a los criterios de mérito y capacidad, pues al margen de ellos se incurre en arbitrariedad. Además de su necesaria conexión con el mérito y la capacidad los requisitos exigibles deben reunir las características de razonabilidad y proporcionalidad; entendiendo por razonabilidad la exigencia de relación con la función o cargo a desempeñar, y refiriendo la proporcionalidad a la adecuada ponderación de cada requisito en relación con la valoración del conjunto de ellos.

c) El Tribunal Constitucional entiende que la Constitución concede un amplio margen de regulación o concreción del mérito y la capacidad tanto al legislador como a la Administración; y el mismo Tribunal establece como límite a esa libertad

"la necesidad de no crear desigualdades que sean arbitrarias, en cuanto ajenas, no referidas o incompatibles con los principios de mérito y capacidad".

1.2. Requisitos de los aspirantes

Los requisitos o condiciones previas para el acceso a la función pública están regulados en el artículo 56 EBEP, que contiene una lista de mínimos y no recoge la propuesta que se defiende en el Informe CEBEP de que para introducir nuevos supuestos exigiendo el cumplimiento de requisitos específicos es necesaria una norma con rango de ley; por lo tanto, podrá seguir haciéndose basta como hasta ahora: basta con que así se establezca en la respectiva convocatoria, eso sí, cualquiera que sea la fórmula utilizada, esos requisitos específicos deben guardar "relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar"y, además, "habrán de establecerse de manera abstracta y general." (56.3)

Veamos estos requisitos que, en palabras del Tribunal Constitucional, permiten la "delimitación del círculo de aspirantes".

A) La nacionalidad española

Este es uno de los requisitos en el que se han producido mayores cambios en los últimos años⁴. El art. 57 EBEP se limita a reproducir el vigente régimen de excepciones al requisito de la nacionalidad española:

- Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea. Los órganos de

⁴ La integración de España en la Comunidad Europea en el año 1986 conllevaba poner en práctica a partir de 1992 el art. 48.4 de un Tratado, pues sólo se excepcionan del principio de libre circulación de trabajadores aquellos empleos públicos "que comporten una participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de otras colectividades públicas", en palabras del propio Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Para cumplir este mandato, se aprueba la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, inicialmente desarrollada por el Real Decreto 800/1995, de 19 de mayo y actualmente sustituido por el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacionales de otros Estados a los que es de aplicación el derecho a la libre circulación de trabajadores, cuyo contenido reproduce el EBEP. Cada Administración debe hacer la correspondiente adaptación, pudiendo tomarse como referencia el anexo del propio RD 543/2001, el cual debe completarse, pues en relación con el ámbito local reserva a los que tengan la nacionalidad española los puestos de la Escala de Funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal – en la nueva terminología de la disposición adicional segunda del EBEP). Ver el artículo de JIMÉNEZ ASENSIO, R.: "El acceso a la función pública de los ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea: estado de la cuestión y problemas pendientes", en el libro de las *Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones públicas*, IVAP, Oñate, 1997.

Gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados porque directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

- El cónyuge, cualquiera que sea su nacionalidad, de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintiún años o mayores de dicha edad dependientes.
- Las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores.
- Por ley de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.

Por otro lado, en el apartado 4 de su art. 57 el EBEP ratifica la posibilidad de que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y extranjeros con residencia legal en España puedan acceder a las Administraciones Públicas españolas como personal laboral en igualdad de condiciones que los españoles, tal y como también establece la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España.

B) La edad

La edad mínima exigida se rebaja de los 18 a los 16 años, equiparándola de esta manera con el acceso a un empleo según el derecho laboral, y la edad máxima se equipara a la edad para la jubilación forzosa (art. 56.1.c EBEP); aunque se abre la puerta a que por ley pueda establecerse otra edad máxima distinta de la edad de jubilación forzosa (como actualmente sucede, por ejemplo, en el caso del acceso a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o a los bomberos, entre otros). Recordemos que en una temprana sentencia del Tribunal Constitucional (75/1983, de 3 de agosto), se debatió la constitucionalidad de limitar la edad máxima para acceder a un Cuerpo, adelantándola a la general de la jubilación forzosa., y el Tribunal resolvió que el límite de edad no es discriminatorio cuando “es el medio empleado que sirve

adecuada y proporcionalmente al objeto que se ha querido amparar y fines a conseguir” y cuando ese límite es “una definición general y objetiva de las condiciones” que han de reunir los aspirantes.⁵ En relación con las Administraciones locales declaró inconstitucional la “tradicional” condición de no exceder de aquella edad en la que falten menos de diez años para la jubilación forzosa (STC 37/2004, de 11 de marzo)⁶, porque una limitación de estas características sólo es admisible cuando está justificada por “las peculiaridades concretas de los puestos a cubrir” pero cabe cuando “la norma se aplica de forma indiferenciada a todos los funcionarios públicos locales” (FJ 6).

C) La titulación

La formula hasta ahora utilizada era la de “estar en posesión del título exigible o en condiciones de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancias” (art. 30.c LFCE y 135.c TRRL). La nueva redacción ha suprimido esta segunda opción, por lo tanto habrá que entender que sólo vale “poseer la titulación exigida” (art.56.1.e EBEP).⁷

Respecto de la titulación como requisito de acceso al empleo público se suelen plantear dos clases de controversias. La primera controversia suele girar en torno a la adecuación de la titulación exigida en relación con las funciones o puestos a desempeñar; así, en unos casos se discute la exclusividad de determinadas titulaciones para el acceso (la tradicional confrontación entre arquitectos e ingenieros en el mundo local), mientras que en otros la discusión es cuando una titulación académicamente superior se admite como válida para acceder a un puesto en el que la convocatoria exige una titulación inferior. MAURI nos recuerda que la jurisprudencia aborda estos problemas, por una lado, analizando en cada

⁵ Es interesante remarcar que el Tribunal quedó dividido literalmente por la mitad al debatirse por primera vez la confrontación entre los principios de igualdad y eficacia en materia de función pública. Tuvo que desempatar el entonces primer Presidente, Manuel García Pelayo, en favor de los que defendían la constitucionalidad de la limitación máxima de edad al amparo del principio constitucional de eficacia, en un concurso para la provisión de la plaza de Interventor de Fondos del Ayuntamiento de Barcelona. Como pequeño homenaje a aquél primer Tribunal Constitucional, podemos recordar los nombres de quienes acabaron conformando la decisión mayoritaria (Manuel García-Pelayo, Jerónimo Arozamena, Manuel Díez de Velasco, Angel Escudero, y Pera Verdaguer) frente al voto particular (Gloria Begué, Luis Díez-Picazo, Francisco Tomás y Valiente, Rafael Gómez y Antonio Truyol).

⁶ El legislador se adelantó a la previsible decisión del Tribunal Constitucional, derogando el último inciso del art. 135.b) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril., mediante la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

⁷ Ante los problemas de interpretación que planteaba la fórmula “estar en posesión del título o en condiciones de obtenerlo”, MAURI defiende que sólo cabe una interpretación: “solamente se está en condiciones de obtener el título cuando se puede acreditar que se han abonado los derechos por su expedición mediante el correspondiente resguardo” (MAURI MAJÓS, Joan: *La selecció dels funcionaris al servei de les entitats locals de Catalunya*, Escola d’Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2002, p. 86, nota 103)

caso la prevalencia de principio de libertad con idoneidad frente al de exclusividad, y, por otro lado, el del predominio o no de capacitación teórica inherente a la titulación superior frente a determinadas habilidades o destrezas que específicamente proporciona el título inferior.⁸

Resulta novedoso que en la nueva regulación de las titulaciones de acceso al empleo público (art. 76 EBEP) se suprime la clásica coetilla de “o equivalente”, que seguía a la identificación de los títulos exigidos para cada grupo de clasificación, pues ha sido una fuente de conflictividad en muchos procesos de selección.⁹

A espera de que se generalice la implantación de los nuevos títulos universitarios, para adaptarlos al espacio europeo de educación superior (Declaración de Bolonia), el EBEP contempla un régimen transitorio por el cual se mantiene la validez de los títulos universitarios vigentes y se procede a la equiparación de los actuales Grupos de clasificación con la nueva regulación con las siguientes equivalencias:¹⁰

- El actual Grupo A se equipara al nuevo Subgrupo A1 (nuevo título universitario de Grado)
- El actual Grupo B se equipara al nuevo Subgrupo A2 (título de Técnico Superior)
- El actual Grupo C se equipara al nuevo Subgrupo C1 (título de bachiller o técnico)
- El actual Grupo D se equipara al nuevo Subgrupo C2 (título de graduado en educación secundaria obligatoria)
- El actual Grupo E se equipara a las nuevas Agrupaciones Profesionales (no se exige estar en posesión de ninguna de las titulaciones previstas en el sistema educativo).¹¹

El ámbito local continuarán vigentes las provisiones sobre titulaciones para el acceso de los artículos 169. 2 y 171 a 174 del TRRL

El principal problema acostumbra a plantearse con la “equivalencia” de títulos, pues recordemos que el artículo 25 LMRFP, cuando agrupa a los funcionarios, lo hace de acuerdo con la titulación exigida para el ingreso y en muchos casos no es fácil establecer la equivalencia de títulos que, en cualquier caso, deben guardar una relación directa con las funciones atribuidas al Cuerpo o Escala a la que se pretende acceder.

⁸ MAURI MAJOS, Joan: *La selecció dels funcionaris...*, ob.cit., p. 87

⁹ PÉREZ LUQUE, Antonio: *La estructura de personal de las corporaciones locales*, Comares, Granada, 1999, pp. 121 y 122.

¹⁰ Disposición transitoria tercera EBEP.

¹¹ Disposición adicional séptima EBEP.

D) Poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas

La fórmula tradicional establecía el requisito de “No padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones.” (arts. 35.d LFCE y 135.d TRRL). Posteriormente el RGI (art. 19) matizaba este requisito en los siguientes términos: “Las convocatorias no establecerán exclusiones por limitaciones psíquicas o físicas sin perjuicio de las incompatibilidades con el desempeño de las tareas o funciones correspondientes”.

La nueva formulación en positivo, “poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas” (art. 56.b EBEP) , se completa con la reafirmación de una temprana línea del legislador postconstitucional para avanzar hacia la igualdad real (arts. 9.2 y 49 CE)¹², obligando a las Administraciones Públicas a que reserven un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad que no sean incompatibles con las funciones a desempeñar, teniendo como objetivo contribuir a que progresivamente se alcance el dos por ciento de los efectivos totales en cada Administración Pública.(art. 59.1 EBEP)¹³. De esta manera se pretende avanzar en un supuesto de los calificados como de “discriminación positiva”¹⁴, compatible con el principio de igualdad según la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 269/1994). Para ello se reitera el mandato de que cada Administración Pública adopte “las medidas precisas para establecer las adaptaciones y ajustes razonables de tiempos y medios en el proceso selectivo y, una vez superado dicho proceso, las adaptaciones en el puesto de trabajo a las necesidades de las personas con discapacidad personas (art. 59.2 EBEP).¹⁵

A efectos de comprobar esa capacidad funcional, el EBEP mantiene la tradicional posibilidad de que puedan” exigirse reconocimientos médicos”, aunque, sorprendentemente, lo hace en un apartado dedicado al desarrollo de los procesos selectivos(art. 61.5 EBEP).

¹² La Ley 19/1982, de 7 de abril, de Integración Social del minusválido, abría una puerta mediante la reserva de un cupo de plazas que, desgraciadamente, ha quedado muy lejos de conseguir los objetivos reiterados posteriormente en los años 1988 y 2003, a pesar de haber aumentado la reserva del 3 al 5 por ciento.

¹³ Por personas discapacitadas hay que entender las que tienen una minusvalía igual o superior al 33por ciento (apartado 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad)..

¹⁴ El art. 61.1 EBEP utiliza la expresión “discriminación positiva”.

¹⁵ Dichas adaptaciones están actualmente reguladas en Real Decreto 2271/2004, de 3 de diciembre, por el que se regula el acceso al empleo público y la provisión de puestos de trabajo de las personas con discapacidad (arts. 8 a 10).

E) No haber sido separado del servicio mediante expediente disciplinario ni hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas

El art. 56.1.d) EBEP se limita a clarificar que el ámbito del expediente disciplinario que conlleva la separación se refiere a cualquiera de las Administraciones Públicas o de los órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas, y recoge la distinción entre inhabilitación absoluta y especial; asimismo, lo hace extensible a los nacionales de otros Estados que en su país pudieran incurrir en similares condiciones que les imposibilitaran el acceso al empleo público.

La separación del servicio y la inhabilitación son dos supuestos vinculados a la pérdida de la condición de funcionario en aplicación de una sanción administrativa o penal (art. 63.d y e EBEP) y la nueva regulación ha desaprovechado una buena oportunidad para introducir algunas mejoras técnicas sugeridas en el Informe CEBEP y otras apuntadas por la doctrina en relación con la conveniencia jurídica de acotar los efectos temporales de conductas pasadas, tal y como ha reconocido el propio Tribunal Constitucional (STC 174/1996, de 11 de noviembre). Así, el Informe CEBEP(p. 89) propone establecer un límite temporal para evitar los efectos permanentes de la separación del servicio equiparando su duración a la de la pena máxima de inhabilitaciones para el ejercicio de funciones públicas contempladas en el Código Penal. Y MAURI¹⁶ nos recuerda que en el ámbito local contamos con un precepto (el art. 152.2 TRRL) que contempla la posibilidad de rehabilitación de los funcionarios cuando han sido separados por sanción disciplinaria, y no sólo en los supuestos de inhabilitación por resolución judicial firme, como se reconoce en el artículo 37.4 LFCE desde el año 1996.¹⁷ Esperemos que en la legislación de desarrollo se recojan estas mejoras.

F) El conocimiento de lenguas cooficiales

Respecto de este requisito el art. 56.2 EBEP se limita a reproducir el art. 19.1 de la LMRFP y establece que “Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, deberán prever la selección de empleados públicos debidamente capacitados para cubrir los puestos de trabajo en las Comunidades Autónomas que gocen de dos lenguas oficiales”. A partir de que el Tribunal Constitucional admitió que la exigencia y valoración de las lenguas autonómicas tiene naturaleza dual, pues puede establecerse como requisito de capacidad o como mérito (STC 46/1991, de 28 de febrero), las posibles controversias han quedado desplazadas a

¹⁶ MAURI MAJÓS, Joan: *La selecció dels funcionaris...*, ob.cit., p. 92.

¹⁷ El Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, regula el procedimiento de rehabilitación de los funcionarios de la Administración civil del Estado.

su concreta aplicación, en función del respeto del principio de proporcionalidad (¿es adecuado el grado de exigencia y su valoración en función del puesto que se va a desempeñar?) y de en que instrumentos jurídicos debe concretarse (¿en la convocatoria del proceso de selección o en la relación de puestos de trabajos?).

G) Otros requisitos

El EBEP mantiene la puerta abierta a posibilidad de que pueda exigirse el cumplimiento de otros requisitos específicos siempre que reúnan las siguientes notas avaladas por una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional: por un lado, guardar relación objetiva y proporcionada con las funciones asumidas y las tareas a desempeñar, y, por otro lado, esos requisitos para el acceso deben establecerse de manera abstracta y general (art. 56.3). Como ya hemos dicho anteriormente, en esta nueva regulación no se recoge una de las sugerencias del Informe CEBEP: que cualquier nuevo requisito específico se establezca por ley (p. 88), con lo que habrá que entender que los mismos podrán continuar estableciéndose en las correspondientes convocatorias.

Todos los requisitos exigidos en la correspondiente convocatoria deben ser acreditados tras la superación del proceso selectivo, pues en caso contrario no se podrá adquirir la condición de funcionario (art. 62.2 EBEP)

1.3. Requisitos de validez de todo proceso selectivo

Cualquier modelo de selección gira alrededor de algunos elementos básicos que conforman y condicionan su funcionamiento, de tal manera que el resultado final dependerá de la adecuada utilización de cada uno de esos elementos considerados individualmente y como parte del proceso. Estos elementos básicos, integrados en la correspondiente estructura organizativa, son los que deben configurar un modelo de selección que responda a los principios de igualdad, mérito, capacidad, eficacia y eficiencia. Veamos estos elementos:

1.3.1. Los procesos selectivos tendrán carácter abierto y garantizarán la libre concurrencia

La nueva regulación sólo parece admitir dos excepciones, ya consolidadas en nuestro Ordenamiento Jurídico, al principio del carácter abierto de los procesos selectivos: la promoción interna y las medidas de discriminación positiva en relación con las personas discapacitadas (art. 61.1 EBEP). Sin embargo, en sus disposiciones transitorias deja la puerta abierta a otras dos excepciones. La primera se refiere al personal laboral fijo que desempeña funciones o puestos calificados como propios de personal funcionario; aquí se abre la puerta a un modelo de funcionarización *sui generis*, pues se enmarca en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición (disposición transitoria segunda EBEP).¹⁸ Y la segunda excepción hace referencia a la posibilidad de realizar convocatorias para consolidación de puestos de carácter estructural desempeñados interina o temporalmente con anterioridad al 1 de enero de 2005 (disposición transitoria cuarta EBEP).¹⁹

1.3.2 Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar

Este principio era una de las novedades de la reforma de 1984 y se ha reiterado en todas las normas posteriores y para todas las Administraciones. Y en él pone especial énfasis el Informe CEBEP porque, desgraciadamente, acostumbra a incumplirse con demasiada frecuencia, de ahí la tradicional mala imagen de las oposiciones como sistema selectivo: *“...la imagen que se tiene de la oposición es la de un conjunto de pruebas esencialmente memorísticas, que a veces tiene poco que ver con el desempeño posterior del empleado público, y que dan lugar a un procedimiento excesivamente formalizado y abstracto de selección, que exige largos períodos de estudio y preparación de los aspirantes. Sin embargo, no toda oposición tiene o ha de tener un formato tan rígido. Al contrario, cada vez es más frecuente la introducción de ejercicios prácticos y otras pruebas no memorísticas”* (pp. 88 y 89).

¹⁸ Estos procesos se podrán convocar de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe y se debe poseer la titulación necesaria y reunir los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición (párrafo segundo de la disposición transitoria segunda del EBEP)

¹⁹ El contenido de las pruebas guardará relación con los procedimientos, tareas y funciones habituales de los puestos objeto de cada convocatoria y en la fase de concurso podrá valorarse, entre otros méritos, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones Públicas y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria (Disposición transitoria cuarta del EBEP). Sobre los procesos de funcionarización es imprescindible el libro de Xavier BOLTAINA BOSCH *La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas españolas. Régimen jurídico del proceso selectivo restringido*, CEDECS, Barcelona, 2005. Y sobre el debate funcionarios vs. laborales resulta muy lúcido el libro de Josefa CANTERO MARTÍNEZ *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*, Universidad de Castilla-La Mancha- Marcial Pons, Madrid, 2001.

El EBEP lo recoge como principio en su art. 55.e) y reproduce la formulación de la LMRFP cuando establece en el art. 61.2, que “Los procedimientos de selección cuidarán especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo convocados, incluyendo, en su caso, las pruebas prácticas que sean precisas.” En el ámbito local es el RD 896/1991, de 7 de junio, el que apuesta por la efectiva puesta en práctica de este principio cuando:

- Establece la obligatoriedad de que siempre que se realicen pruebas de aptitud o de conocimientos, uno de los ejercicios obligatorios deberá tener carácter práctico.
- Establece que las pruebas selectivas comprenderán, según la naturaleza y características de las plazas convocadas, uno o varios ejercicios prácticos, tests psicotécnicos, mecanografía, tratamientos de textos, redacción de informes y proyectos, solución de supuestos y otros similares que se consideren adecuados para juzgar la preparación de los aspirantes en relación a los puestos de trabajo a desempeñar.

La cruz del RD 896/1991 es que reproduce, y con carácter básico, el desprestigiado esquema de medir los conocimientos teóricos en función del número de temas a memorizar, cuyo número va en aumento en función del Grupo de titulación al que se aspira a ingresar.²⁰

Veamos ahora como regula el EBEP el contenido de los procesos selectivos. Respecto de las pruebas nos dice que (art. 61.2):

- Podrán consistir en la **comprobación de los conocimientos y la capacidad analítica de los aspirantes, expresados de forma oral o escrita**. Esta es la formulación tradicional de lo que llamamos pruebas teóricas o de conocimientos y que suelen constituir el núcleo del sistema de oposición.
- En la **realización de ejercicios que demuestren la posesión de habilidades y destrezas**. Aquí se produce una novedad, porque no contamos con una regulación previa que nos defina lo que debemos entender por habilidades y destrezas. Mikel GORRITI y Fernando TOÑA nos recuerdan que los especialistas en la elaboración de los perfiles profesionales a tener en cuenta en un proceso de selección para cualquier puesto acostumbran a distinguir cuatro categorías : “a)

²⁰ Según el art. 8.3 del RD 896/1991 este es el número mínimo de temas: El número mínimo de temas en que deberán desarrollarse los contenidos enumerados en este artículo será el siguiente: grupo A 90 temas, grupo B 60 temas, grupo C 40 temas, grupo D: 20 temas y grupo E 10 temas.

Conocimientos: esta categoría se refiere a los conceptos, criterios y datos que conforman un marco de referencia común para todos aquellos que tienen trabajos parecidos; se refiere a los contenidos técnicos directamente exigidos para el desempeño de un trabajo, aquellos que se acumulan y se pueden expresar de forma oral o escrita, y suelen medirse mediante pruebas escritas o prácticas. **b) Aptitudes:** esta categoría se refiere a una serie de capacidades básicas y homogéneas exigibles en mayor o menor medida a todas las personas en el proceso de aprendizaje y adaptación a un puesto de trabajo; son las capacidades que predicen el aprendizaje del puesto, que se identifican con el “**tener capacidad para**”, y suelen medirse mediante los clásicos tests de tiempo fijo (Inteligencia General, Aptitud Verbal, Numérica, etc.). **c) Destrezas:** cuando un problema tiene una forma de resolverse establecida, de alcanzar una determinada meta, a esa forma de hacerlo se le denomina destreza.; se refiere a la capacidad resultante de juntar, con entrenamiento, conocimiento técnico, aptitudes y experiencia, y se manifiesta en el “**saber hacer**”, y suelen medirse mediante pruebas de simulación. **d) Características o rasgos de personalidad:** expresan la predisposición a actuar de una determinada manera; son variables que matizan cualquier ejecución y predicen que un trabajador, que posee las características arriba descritas, las empleará correctamente. Los otros tres componentes del perfil predicen que sabe hacerlo o que está capacitado para ello, mientras que **la personalidad predice que lo hará y qué sentido tendrá la ejecución.**”²¹ En el ámbito local contamos una pionera propuesta de perfiles profesionales para las subescalas de administración general y las categorías de guardia de la policía local y bomberos de servicios especiales, elaborada por la Dirección General de la Función Pública, el Instituto Nacional de Administración Pública y la Federación Española de Municipios y de Provincias.²²

- Podrán consistir en la comprobación del dominio de lenguas extranjeras.
- Consistirán, en su caso, en la superación de pruebas físicas.

²¹ GORRITI, Mikel y TOÑA, Fernando (2005): “El nuevo modelo de Organización y Recursos Humanos de la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco”, revista *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 41, pp. 266 y 267.

²² *Selección de funcionarios locales*, MAP, Madrid, 1993.

Y como complementos de las pruebas, con la finalidad de “asegurar su objetividad y la racionalidad de los procesos selectivos” el art. 61.5 EBEP²³ mantiene la posibilidad de incluir:

- **La superación de cursos.** El art. 4.c del RD 896/1991 contempla esta posibilidad para el mundo local. En Catalunya el art. 288 del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya distingue entre cursos selectivos (para los antiguos grupos A y B) y no selectivos (para los antiguos grupos C,D y E) Nos parece importante remarcar la necesidad de que las administraciones públicas utilicen más y mejor los cursos selectivos de formación y los cursos complementarios post-selectivos, contribuyendo a paliar de esta manera las deficiencias de las pruebas selectivas. Asimismo, es necesario ampliar el concepto de la formación a la fase previa de reclutamiento, superando de esta manera la tradicional actitud de nuestras administraciones de desentenderse de la formación de los candidatos, limitándose a comprobar si alcanzaban o no el nivel exigido.

- **Un periodo de prácticas.** También el art. 4.c del RD 896/1991 contempla esta posibilidad para el mundo local. El periodo de prácticas puede ser el último elemento del proceso de selección, contribuyendo a reforzar la adecuación de la persona al ejercicio real de las funciones que le corresponderá desempeñar. Llama la atención lo escaso de la regulación vigente del periodo de prácticas, pues apenas le dedican un par de líneas (art. 24.1 RGI) que, además, suponen un retroceso en comparación con la anterior regulación de 1984: se suprime su carácter eliminatorio en caso de no ser superado, por lo que sus efectos parecen limitarse a incidir en el orden de prelación definitivo de los aspirantes. Es público y notorio que, hoy en día, el periodo de prácticas es considerado como un mero trámite y que los funcionarios en prácticas pasan automáticamente a ser nombrados funcionarios de carrera transcurrido el periodo de prácticas. Se desaprovecha así la última oportunidad de corregir las deficiencias derivadas de los anteriores elementos del procedimiento de selección y de garantizar que el funcionario tendrá la adecuada formación práctica para desempeñar correctamente su puesto.

- **Pruebas psicotécnicas.** Aunque formalmente se vienen admitiendo desde la reforma del año 1984, y así lo ha confirmado el Tribunal Constitucional (STC

²³ El antecedente de este artículo lo encontramos en el art. 5.2 del RGGIP:” A tal efecto, los procedimientos de selección deberán consistir en pruebas de conocimientos generales o específicos. Pueden incluir la realización de «test» psicotécnicos, entrevistas y cualesquiera otros sistemas que aseguren la objetividad y racionalidad del proceso selectivo. Salvo excepciones debidamente justificadas, en los procedimientos de selección que consten de varios ejercicios, al menos uno deberá tener carácter práctico

272/1998, de 3 de diciembre) esta clase de pruebas o de métodos de evaluación alternativos a las tradicionales pruebas memorísticas de conocimientos suscitan recelos y plantean problemas en las Administraciones públicas por dos razones: primera, no existen unas pautas mínimas de utilización, pues los reglamentos se limitan a exigir que sean objetivas y racionales. El uso de las pruebas psicotécnicas plantea dos problemas: el de su elaboración y el de su valoración.²⁴ Si tomamos como referencia el perfil tipo de lo que se quiere que sea un miembro del Cuerpo o Escala habremos de basarnos en las funciones genéricas previamente reglamentadas; pero si el referente son las "tareas propias de las plazas que se convocan" el perfil debe fundamentarse en el puesto concreto que se habrá de desempeñar. En el segundo problema, la valoración de las pruebas psicotécnicas en el proceso de selección, acostumbra a producirse un oscurantismo difícilmente compatible con el principio de seguridad aplicado a la capacidad y al mérito. Por ejemplo, en las convocatorias suelen valorarse conjuntamente las pruebas psicotécnicas con las de conocimientos, pero sin concretar el peso específico de cada una; otras veces se utiliza en primer lugar y con carácter eliminatorio la prueba psicotécnica sin dar oportunidad a valorar los conocimientos. Ante la ausencia de una reglamentación general sobre el uso, y a la vista de los principios de mérito y capacidad, parece sensato garantizar que su elaboración debe fundarse en datos objetivos y estudios específicos que puedan ser objeto de revisión judicial cuando se cuestiona su adecuación en relación con los puestos de trabajo a cubrir, pues pueden producirse las mismas irregularidades o deficiencias que en cualquier prueba de conocimientos.²⁵

- **La realización de entrevistas.** La ausencia de una regulación mínima y su incorrecto uso en muchos casos han con tribuido a desprestigiar la utilización de esta compleja técnica de selección. Estos problemas han aflorado en los conflictos que ha generado su aplicación, como ponen de manifiesto algunas sentencias del Tribunal Supremo. Así, en el año 1993 (R. Art. 3892), el Tribunal Supremo desestima un recurso en el que se impugnaba el Reglamento General de Provisión

²⁴ Ver el libro de PORRET GELABERT, Miquel: *Dirección y gestión de los recursos humanos en las organizaciones*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 1997.

²⁵ El control judicial de los test psicotécnicos ha sido planteado como una exigencia constitucional por nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 5 de octubre de 1989 (R. 6848): "*El empleo de test psicológico de personalidad en el procedimiento de selección para el acceso a la función pública, y, en concreto, de los dirigidos a evaluar la dirección e intensidad de las aptitudes que, en contraposición con los instrumentos de medida de actitudes, no proporcionan un perfil de la capacidad intelectual del candidato sino de aspectos de personalidad en términos de tendencia a reaccionar hacia estímulos, plantea el importante problema de su adecuación a criterios objetivos que permitan el control de la decisión selectiva en la que han de verse garantizados los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, artículo 103.3 de la Constitución y 19 de la Ley 30/1984, de Medida para la Reforma de la Función Pública*" (fundamento de derecho noveno).

de Puestos del año 1990, porque establecía la posibilidad de realizar una entrevista para comprobar los méritos específicos adecuados a las características del puesto (Art. 15.4), ya que entendían los recurrentes que "se introduce con ello un elemento de discrecionalidad técnica secreta, no controlable por el poder judicial... siendo la entrevista una especie de examen secreto". Ante esta descalificación tan contundente, que refleja una visión negativa en la que se valora la entrevista en función de sus "aplicaciones desviadas", el Tribunal Supremo defiende la legalidad de la entrevista y su compatibilidad con los principios de mérito y capacidad.²⁶ Esta sentencia es bastante representativa de la problemática que encierra la entrevista como método de evaluación, y que como nos recuerda GOODALE "la entrevista es probablemente el sistema de selección más profundamente investigado y, sin embargo, el peor aplicado de todos los instrumentos de selección".²⁷ El desprestigio de la entrevista en el sector público y su concepción como "un examen secreto", tal y como la califican los recurrentes, se debe a errores en su aplicación como los siguientes: a) realizar la entrevista sin que esté formalmente constituido el Tribunal Calificador, o decidir distribuirse entre cada uno de sus miembros la realización de las entrevistas por separado; b) realizar la entrevista sin previamente haber acordado las preguntas y temas a plantear a todos los candidatos y los criterios de su valoración, c) no dejar constancia documental suficiente revisable por un Tribunal de Justicia, haciendo incontrolable cualquier arbitrariedad.²⁸

²⁶ Así fundamenta el Tribunal Supremo en esta sentencia la legitimidad de la entrevista como técnica de selección "Nuevamente hemos de distinguir entre la validez de la norma y la eventualidad de aplicaciones desviadas, a lo que parecen referirse más bien las alegaciones de la recurrente y que no pueden tenerse en consideración al enjuiciar la norma. No estimamos que la entrevista desnaturalice el concurso, ni que sea contraria a su estructura, debiendo compartir sobre el particular la tesis del Abogado del Estado porque se trata tan sólo de un medio de comprobación de méritos alegados, y en el tal sentido sirve para hacer efectivos los principios de mérito y capacidad. **Resulta excesivo cualificar la entrevista de examen secreto sin garantías**, pues en ella, si se efectúa correctamente, cual debe presumirse, tan sólo se deben evaluar los méritos alegados por el concursante, lo que es base de objetividad suficiente. **El inevitable subjetivismo de la ponderación no es de signo cualitativamente distinto de cualquier otra ponderación del mérito**, sin que pueda darse por sentado que el grado de subjetivismo debe ser superior en el mecanismo de control que constituye la entrevista, y aún en la hipótesis de que pudiera serlo, ello no sería elemento decisivo para su rechazo, pues no es aceptable que de por sí tenga que ser vicioso. La especial idoneidad de la entrevista para comprobar con ella que determinados méritos alegados corresponden en efecto al aspirante, y no se simulan con simples apreciaciones documentales (piénsese, por ejemplo, en estudios y trabajos científicos que pueden aportarse como propios y cuya elaboración puede ser de terceros), compensaría el posible mayor grado de subjetivismo en la ponderación, si es que realmente lo hubiera. Por lo demás, que entre entrevista y concurso de méritos, como medio aquella para el control de estos, no existe incompatibilidad conceptual, lo revela el hecho de que en nuestra legislación de rango superior existen previsiones de esos mecanismos, como es de ver en la Ley Orgánica del Poder Judicial (Art. 313, párrafo 5)".

²⁷ GOODALE, James G., *La entrevista*, Pirámide, Madrid, 1988

²⁸ Para una correcta utilización de las entrevistas y pruebas psicotécnicas en los procesos selectivos son especialmente valiosas las observaciones MAURI MAJOS, Joan: *La selecció dels funcionaris...*, ob.cit., pp.147 a 159.

- **La exposición curricular por los candidatos.** Esta es una posibilidad pioneramente contemplada en el art. 4.c del RD 896/1991 cuando se utilicen los sistemas de concurso o concurso-oposición

1.3.3 La elección del sistema selectivo más adecuado

El EBEP, a diferencia de lo que hacía la LMRFP, predetermina cuál no debe ser el sistema de selección ordinario: **el concurso de méritos sólo podrá utilizarse con carácter excepcional y en virtud de ley (art. 61.6)**; de esta manera se eleva a categoría de norma básica el “destierro” de este sistema de selección, yendo más lejos que el Reglamento General de Ingreso del año 1984 y el vigente RGI del año 1995. Sin embargo, se mantiene la paradoja de mantenerlo como un sistema normal para la selección de personal laboral fijo (art. 61.7 EBEP), tal y como ya había hecho el RGI (art. 29). Por el contra, el EBEP parece equiparar la oposición y el concurso-oposición como sistemas ordinarios de selección, con la condición de que incluyan, “una o varias pruebas para determinar la capacidad de los aspirantes y establecer el orden de prelación” (art. 61.6 EBEP). **Habrá que esperar a ver si la legislación de desarrollo establece algún criterio sobre cuando utilizar uno u otro sistema.**

En Catalunya también está en vigor esa utilización excepcional del concurso para seleccionar funcionarios (art. 290 del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya, que reproclo lo que ya era regla para los funcionarios de la Administración de la Generalitat). **La entrada en vigor del art. 61.6 del EBEP conlleva la derogación del art. 2 del RD 861/1991** (según el cual “El ingreso en la Función Pública Local se realizará, con carácter general, a través del sistema de oposición, salvo que, por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar, sea más adecuada la utilización del sistema de concurso-oposición o concurso.”), **así como de parte del art. 169.2 TRRL**,(en el caso de la Subescala Subalterna,) **y de los artículos 171 y 172 TRRL** (relativos a Subescala Técnica de Administración Especial y a la Subescala de Servicios Especiales), **cuando dejan libertad a la Corporación para elegir el sistema de concurso y no existe una ley que lo prevea.**

Podemos considerar vigente la regulación de los sistemas de selección que hacen los arts. 288, 289 y 290 del Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya.

1.3.4 La composición de los órganos de selección

Para el mundo local la nueva regulación de la composición de los órganos de selección contiene dos novedades. La primera novedad es que en la composición se debe “tender” a la paridad entre mujer y hombre (art. 60.1 EBEP)²⁹. Y la segunda novedad es la apuesta por potenciar el carácter técnico y profesional de estos órganos de selección, lo que tiene como primera consecuencia que el Alcalde deja de ser el presidente nato, puesto ya no pueden formar parte de los mismos “El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual” (art. 60.2 EBEP). En un primera lectura, que a mi entender es la correcta, se ha interpretado que “ningún tribunal u órgano de . selección podrá tener en su composición políticos o personas designadas políticamente, interinos o eventuales”³⁰. Esto supone romper definitivamente con la tradición en el mundo local de que el alcalde es el presidente nato de los tribunales como máximo responsable del personal³¹. Sin embargo, se empieza a cuestionar esta interpretación entre algunos de los asistentes a los diferentes seminarios y jornadas sobre el EBEP, porque entienden que la utilización del término “personal” con la que inicia este apartado 2 supone excluir al Alcalde y demás miembros de la Corporación que no tienen la condición jurídica de “personal” a la vista de lo establecido en el art. 8 del EBEP. No me parece un interpretación defendible en tanto en cuanto supone dejar sin contenido al “personal de elección”, cuando esta es la expresión que proponía el Informe CEBEP para excluir a los políticos locales y que el EBEP ha recogido literalmente.

Por otro lado, a primera vista, llama la atención que ante la exclusión de los cargos y puestos representativos y de confianza no se contenga una referencia expresa al personal de las organizaciones sindicales, tal y como proponía el Informe CEBEP³² y como estaba en el proyecto de ley que se presentó en el Congreso de los Diputados:

²⁹ Así se recoge en el ámbito estatal en el art. 4.f) del Real Decreto 120/2007, de 2 de febrero, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2007.

³⁰ Ver *Informe Estatuto Básico del Empleado Público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo* elaborado por un grupo de trabajo dirigido por Fernando TOÑA GÜENAGA y coordinado por Rafael JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (IVAP, Oñate, 2007, p.159).

³¹ El art. 127. h LBRL, tras la reforma del año 2003, abrió la puerta a que pudiera ser nombrado “entre el personal al servicio de las Administraciones públicas”.

³² El Informe CEBEP propone la exclusión, además del personal de elección o designación política, comprendido el personal eventual, de “...representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todos aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación” (p. 92)

“Artículo 60. 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.**”

Pero en la tramitación parlamentaria³³, tras negociar los grupos parlamentarios con los representantes sindicales, se acabó adoptando esta otra redacción, que es la que ha quedado como definitiva:

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

La justificación se basaba en que no era necesario “señalar” expresamente a los representantes sindicales o de personal pues la nueva fórmula impedía cualquier tipo de “mandato” a la hora de formar parte de los tribunales. Sin embargo, como señala SÁNCHEZ MORÓN³⁴, para alguien que lea el texto sin conocer los antecedentes este apartado puede quedar vacío de contenido porque los sindicatos han conseguido sustituir la referencia que se hacía a ellos por una remisión a “nadie”; así lo explica:

Cómo Ulises en la cueva de Polifemo, los sindicatos han logrado sustituir su nombre por el de “Nadie, también sin duda para escapar de una situación incómoda para sus intereses, con el resultado de cambiar un a norma clara por otra ambigua.³⁵

Sin embargo, SÁNCHEZ MORÓN defiende la siguiente postura:

Ahora bien, el precepto, con la redacción que tiene, necesita una interpretación. Y esta no puede llevar sino a vedar de que organizaciones representativas de intereses de cualquier tipo nombre, designen o tengan la facultad de d eproponer miembros d e los órganos de selección, pues si s e

³³ DICTAMEN DE LA COMISIÓN, ESCRITOS DE MANTENIMIENTO DE ENMIENDAS PARA SU DEFENSA ANTE EL PLENO Y VOTOS PARTICULARES (BOLETÍN OFICIAL DE LAS CORTES GENERALES , Serie A: PROYECTOS DE LEY, 20 de diciembre de 2006 Núm. 94-13)

³⁴ *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, obra colectiva dirigida por Miguel SÁNCHEZ MORÓN (editada por Lex Nova, Valladolid, 2007).

³⁵ *Comentarios a la Ley.... Ob. Cit, p.404.*

les otorga ese poder se genera en realidad un vínculo de representación, aun no formalizado.³⁶

La consecuencia práctica es que se está desvirtuando la opción del legislador por unos órganos de selección cuyos miembros sean imparciales y profesionales lo que justifica la discrecionalidad técnica de que están dotados estos órganos.(art. 55.2.c y d EBEP). La histórica picaresca hispana ha hecho su aparición para burlar este precepto: no hay propuesta formal de los sindicatos pero estos le “hacen llegar” al alcalde sus candidatos por los más variados conductos y así se salva la apariencia de legalidad.

La composición, funcionamiento, idoneidad e imparcialidad de los órganos de selección siguen siendo un tema insuficiente y deficientemente regulado y, con frecuencia, incorrectamente llevado a la práctica. Actualmente contamos con una regulación básica de mínimos (el Real Decreto 861/1991), que suele ser completada por la correspondiente normativa autonómica, actuando como supletorio el RGI. Y ahora debemos reinterpretar esa normativa a la espera del desarrollo legislativo del EBEP, que nos habla de imparcialidad y profesionalidad de los órganos de selección (art. 60.1). Así, el art. 4 del RD 861/1991 podríamos reinterpretarlo de la siguiente manera:

- Los Tribunales contarán con un Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será exclusivamente técnica y los Vocales deberán poseer titulación y especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas, además de dominar las correspondientes técnicas de selección para poder desempeñar adecuadamente su función.

- El número de miembros de dichos Tribunales en ningún caso será inferior a cinco. Entre los Vocales figurará un representante de la Comunidad Autónoma.

Y lo podemos completar con las siguientes previsiones del art. 13 del RGI:

- No puede haber mayoría de los miembros del Cuerpo o Escala que se evalúa.

³⁶ Ibidem, p. 408.

- No pueden formar parte aquellos que puedan tener interés en algún candidato por haberse dedicado a la preparación de aspirantes en los últimos cinco años.
- Pueden incorporarse asesores especialistas para todas o algunas de las pruebas, y actúan con voz y sin voto para ayudar al Tribunal en su decisión.
- No puede formar parte cualquier persona que esté inmersa en alguna de las causas legales de abstención o recusación.

1.3.5 El contenido de la convocatoria

Las bases de la convocatoria constituyen la “ley del concurso” según la expresión acuñada por una consolidada jurisprudencia. El vigente RGI positiviza este principio en los siguientes términos: “las bases de las convocatorias vinculan a la Administración y a los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección que han de juzgar las pruebas selectivas y a quienes participen en las mismas” (art. 15.4 RGI); asimismo, se afirma que “las convocatorias o sus bases, una vez publicadas solamente podrán ser modificadas con sujeción estricta a las normas de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” (art. 15.5 RGI).

El contenido mínimo de la convocatoria, en aplicación del principio de publicidad del art.55.2.a) EBEP, lo encontramos para el ámbito local regulado en el ya citado art. 4 del RD 896/1991 que, una vez adaptado parcialmente a la nueva regulación, puede quedar así:

- La naturaleza y características de las plazas convocadas, con determinación expresa de la Escala, subescala y clase a que pertenezcan, con indicación del grupo de titulación que corresponda a cada una de ellas, así como, en su caso, las que correspondan a promoción interna.
- El sistema selectivo elegido: Oposición, concurso-oposición o concurso.
- Las pruebas de aptitud y/o de conocimientos a superar, con determinación de su número y naturaleza. En todo caso, uno de los ejercicios obligatorios deberá tener carácter práctico.
- La indicación de si existirán entrevistas curriculares.
- La indicación de si existirán pruebas de carácter voluntario no eliminatorio.

- En los supuestos de concurso-oposición o concurso se especificarán los méritos y su correspondiente valoración, así como los sistemas de acreditación de los mismos.
- Los programas que han de regir las pruebas y, en su caso, la determinación de las características generales del período de prácticas o curso de formación.
- La composición del Tribunal, que contarán con un Presidente, un Secretario y los Vocales que determine la convocatoria. Su composición será exclusivamente técnica y los Vocales deberán poseer titulación o especialización iguales o superiores a las exigidas para el acceso a las plazas convocadas.
- El número de miembros de dichos Tribunales, que en ningún caso será inferior a cinco.
- Los sistemas de calificación de los ejercicios.
- Las condiciones y requisitos que deben reunir o cumplir los aspirantes.
- Los requisitos que deben reunir o cumplir los aspirantes a cubrir el al 5 por 100 de plazas reservadas para personas con discapacidad de grado igual o superior al 33 por 100, así como la garantía de que las pruebas se realicen en igualdad de condiciones con los demás aspirantes.

1.3.6 La resolución de las pruebas

En este tema sólo encontramos una novedad relevante en la nueva regulación: se contempla la posibilidad de recuperar una excepción al tradicional principio de que los órganos de selección no podrán proponer el acceso a la condición de funcionario de un número superior de aprobados al de plazas convocadas, "excepto cuando así lo prevea la propia convocatoria" (art. 61.8 EBEP)³⁷. Y también es posible que el órgano convocante requiera del órgano de selección una relación complementaria de los aspirantes que sigan a los propuestos para su posible nombramiento como funcionarios de carrera en el caso de que se produzcan renuncias de los aspirantes antes de su nombramiento o toma de posesión

1.4 Las especificidades de la selección de funcionarios interinos

³⁷ Recordemos que el art. 27 del Reglamento de funcionarios de la Administración local del año 1952 ya contenía la prohibición de que el Tribunal propusiera un número de aprobados superior al de las plazas convocadas; y lo reiteran en la etapa constitucional el art. 18.1 LMRFP, que establece la nulidad de pleno derecho de las propuestas que incumplan dicha prohibición. Sin embargo, durante la transición política, el Real Decreto Ley 22/1977 recupera la figura de los aspirantes en expectativa de ingreso en el caso de los aprobados sin plaza.

La urgencia en la selección y provisionalidad en la duración de la relación son las dos notas que tradicionalmente han caracterizado el nombramiento de funcionarios interinos (arts 5.2 y 104 LFCE y 27.1 RGI). El EBEP mantiene la formulación de la LFCE tras la reforma de 2001³⁸, cuando se razones rusticadas de "necesidad y urgencia" (art. 10.1) , pero apuesta claramente por tomar como referencia el modelo laboral en dos³⁹ de los cuatro supuestos que permiten la selección de interinos :

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses

En estos supuestos la selección de funcionarios interinos se deberá realizar "mediante procedimientos "ágiles" pero respetando en "todo caso los principios de igualdad mérito, capacidad y publicidad" (art. 18.2 EBEP). Es precisamente en la referencia a los principios de igualdad y publicidad en una norma de carácter básico la que marca una diferencia con la regulación vigente⁴⁰. Y la idea de "agilidad" ya no es patrimonio de la urgencia que justifica la selección de interinos, pues el art. 55.2.f) la ha convertido en principio común a todos los procedimientos de selección.

³⁸ Ley 24/2001

³⁹ Son los casos del denominado contrato de obra o servicio determinado y del contrato eventual, que las Administraciones viene utilizando de manera controvertida.

⁴⁰ El art. 27 RGI habla sólo de "mérito y capacidad" y cuando habla de agilidad dice que" El procedimiento deberá posibilitar la máxima agilidad en la selección "

2. LA CARRERA PROFESIONAL.

2.1. Introducción: flexibilidad vs. Garantías

2.2. La carrera como encauzamiento de las expectativas de progreso profesional

2.3. El papel de la formación en relación con la carrera

2.4. La progresión en el puesto como modalidad de carrera horizontal

2.4.1. El concepto de progresión en el puesto.

2.4.2. Un concepto controvertido: las competencias

2.5. La carrera vertical

2.6. La promoción interna

2. LA CARRERA PROFESIONAL.

2.1. Introducción: flexibilidad vs. garantías

Una vez más, Arroyo Yanes⁴¹ pone el dedo en llaga a la hora de describir la regulación de la carrera profesional en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP): hay una apuesta clara por la flexibilidad, pues se abre la puerta a diferentes modalidades de carrera (art. 16. 3) y se favorecen los poderes de dirección para organizar y gestionar los recursos humanos (arts. 72 y 73.2), pero el legislador básico se ha “olvidado” de las correlativas garantías, que deja en manos de la legislación de desarrollo pero sin establecer un mínimo común (art. 79.3).⁴² Este incompleto diseño institucional de la carrera en la normativa básica nos proporciona una orientación bastante clara de las prioridades del legislador en esta materia: queriendo incentivar la flexibilidad en la gestión de las personas ha descuidado el contrapeso de las garantías mínimas para una adecuada puesta en práctica del derecho a la carrera profesional (art. 14.c EBEP).

Partiendo de esta regulación básica desequilibrada , cuya puesta en práctica ha de esperar al correspondiente desarrollo legislativo (Disposición Final Cuarta, apartado 2 EBEP), podemos identificar las principales líneas del nuevo modelo de carrera

⁴¹ Arroyo Yanes, Luis Miguel: “La carrera profesional de los funcionarios públicos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”, ponencia presentada en las jornadas organizadas por la Comunitat de Recursos Humans (CORH) de la Diputació de Barcelona los días 5 y 6 julio de 2007 (el texto se puede consultar en www.corh.diba.cat/comunicacions_alpererde.php).

⁴² La única garantía explícita, que actúa como límite para las leyes de desarrollo, es la relativa a los derechos económicos hasta ahora reconocidos en los términos previstos en la Disposición Adicional Novena del EBEP garantiza que "los funcionarios de carrera tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada Administración Pública". Y la misma garantía se reitera no sólo para los funcionarios sino para todo el personal incluido en el ámbito del EBEP en la Disposición Transitoria Primera.

profesional, que recoge bastantes de las sugerencias del Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, informe CEBEP):

- Se parte del concepto de carrera como “conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad”. (art. 16.2 EBEP)
- Se abre la puerta a la recuperación del concepto de categoría, con la denominación que en cada caso se decida, como elemento indicativo de la progresión y garantizador de la consolidación de un determinado estatus profesional.(arts. 16.3.a y 17.a EBEP)
- Se potencia la denominada carrera horizontal articulada en torno al desempeño del puesto de trabajo, lo que implica poner en práctica procedimientos de evaluación (arts 16.3.a, 17 y 20 EBEP) y poner en marcha el nuevo sistema retributivo (art. 24 EBEP).
- Se define la promoción interna como una forma de promoción profesional, en la que mantienen las innovaciones de los últimos años vinculadas a las necesidades de flexibilidad demandada por los responsables de los recursos humanos (arts. 16.3. c y d y art. 18 EBEP).
- Por último, se generaliza el reconocimiento de la existencia de un personal directivo profesional, que debe tener un estatuto específico, y que actúa como límite de la carrera ordinaria de los empleados públicos (art. 13 EBEP); aunque se echa de menos que no se haya avanzado el establecimiento de unos puentes mínimos entre la carrera ordinaria y la directiva.

A partir de estas premisas, el verdadero reto está en poner en práctica esta nueva concepción. Y de ello son plenamente conscientes los miembros de la Comisión de Expertos cuando advierten que : *“Pero es también evidente-y así hemos querido reflejarlo en varios lugares del Informe- que de poco vale aprobar un nuevo texto legal sobre el empleo público si no se aportan al mismo tiempo las políticas, los recursos y los medios que son necesarios para aplicarlo de manera coherente. En especial, entendemos que el tipo de propuesta que realizamos para el Estatuto Básico requiere mejoras muy significativas en la gestión de recursos humanos de las Administraciones Públicas y un reforzamiento notable de las unidades administrativas que tienen la responsabilidad de esa gestión, que permita elevar su productividad. Corresponde a la sociedad y a quienes la representan en las instituciones decidir si y hasta que punto se está dispuesto a hacer a acopio de los recursos que precisa construir una Administración mejor”* (p.23).

Por ello conviene tener presentes cuales son las principales luces y sombras de la reforma que ahora se propone. Desde la perspectiva de la carrera, las luces se concretan

en un diseño coherente de las modalidades de carrera (vertical, horizontal y promoción interna), al permitir combinar progresión con estabilidad y un sistema retributivo adecuado ; así como en un diseño flexible, que posibilita que cada Administración pública adopte su propio modelo en función de sus especificidades, a partir de unos mínimos principios comunes. Y las sombras se proyectan en el proceso de desarrollo y aplicación de la normativa básica en relación con: el sistema de garantías para consolidar el estatus profesional , la adopción de una nueva concepción del puesto de trabajo, la elaboración de verdaderos perfiles profesionales, el diseño de los sistemas de evaluación del desempeño, la articulación de la carrera administrativa con la nueva carrera directiva, la criterios de aplicación de los conceptos retributivos vinculados a la carrera, etc. Por lo tanto hemos de esperar al correspondiente desarrollo estatal y autonómico, que confiemos no repitan los dos errores históricos clásicos: la falta de realismo en cuanto al período de puesta en práctica (o excesivamente corto o tan largo que desactiva el potencial innovador) y la falta de impulso político en cuanto al cumplimiento de sus propias normas (especialmente al no aprobar de manera definitiva o no poner en práctica los instrumentos y procedimientos que condicionan el nuevo modelo de carrera).

A la espera de ese desarrollo, centraremos nuestro comentario en las principales novedades pero limitadas al contenido de los artículos 16 a 19 del EBEP, pues gran parte del análisis de los elementos vinculados a la carrera⁴³ se realiza por otros autores en diferentes capítulos de este libro. ⁴⁴ En la concepción de la carrera que nos ofrece el EBEP tienen un papel especialmente relevante la tecnología (descripción de puestos, perfiles competenciales, modelo de formación, sistemas de evaluación, delimitación de itinerarios, planes de carrera) y la cultura predominante (antigüedad vs. evaluación; mérito vs. confianza, aplicación de normas vs. resultados, etc.).

2.2. La carrera como encauzamiento de las expectativas de progreso profesional

El art. 16.2 EBEP, recogiendo la propuesta de la Comisión de expertos, define la carrera como “ el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso

⁴³ En su análisis de la regulación hasta ahora vigente, Sánchez Morón distingue entre aspectos personales de la carrera (cuerpo, grupo de titulación, grado personal y promoción interna), aspectos objetivos (la provisión de puestos de trabajo – concurso, concurso específico y libre designación), movilidad y traslado del puesto de trabajo (remoción en el puesto de trabajo, redistribución de efectivos, reasignación de efectivos, adscripción provisional, comisiones de servicios y otras modalidades similares y permutas) y, por último, la formación profesional del funcionario. Ver al respecto su *Derecho de la Función Pública*, Madrid, Tecnos, 2004 (4ª edición), pp. 152 a 176.

⁴⁴ Así, M.Carme Noguera analiza la evaluación del desempeño (art. 20), Joaquín Valls comenta las retribuciones (arts. 21 a 30), Josep Aldomà analiza la estructuración del empleo público (arts. 72 a 77) y Luis Miguel Arroyo estudia la provisión de puestos de trabajo y la movilidad (arts. 78 a 84).

profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad". En esta definición podemos distinguir dos aspectos. El primer aspecto es de carácter organizativo: la ordenación de la carrera, que debe permitir objetivar las oportunidades y encauzar las expectativas de ascenso identificando el punto de partida (Disposición Adicional Décima del EBEP) y el posible punto de llegada, lo que supone acotar los límites de la carrera profesional (¿el nivel directivo al que hace referencia el art. 13 del EBEP); cada Administración deberá concretar como realiza esa ordenación: mantenimiento del actual sistema de grados y niveles (¿seguiremos con el número de 30 niveles ahora que ya no es una exigencia de la normativa básica) y/o apuesta por otros conceptos (categorías, escalones u otros conceptos análogos). El segundo aspecto es de carácter jurídico: el encauzamiento de las expectativas de progreso profesional debe realizarse respetando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido considerando como los únicos aplicables en la fase de acceso pero que, sin embargo, desde principios de los años noventa ha entendido que juegan con menos "intensidad" en la fase de carrera, posibilitando la utilización de criterios ajenos al mérito y a la capacidad (el debate en torno a la vigencia del denominado turno o derecho de consorte);⁴⁵ en esta línea es coherente el legislador cuando reitera la plena aplicación de estos principios al regular los procedimientos de

⁴⁵ Podemos afirmar que hasta finales del año 1991 el Tribunal Constitucional mantenía que el mérito y la capacidad eran los únicos criterios utilizables tanto en la fase de acceso como en la de provisión de puestos, y así lo recogía la STC 215/1991(FJ 3º). Sin embargo, esta "reiterada doctrina" se ha resquebrajó en dos sentencias del mes de octubre del mismo año 1991: la Sentencia 192/1991, de 14 de octubre y la Sentencia 200/1991, de 28 de octubre. En estas dos sentencias referidas al mismo tema (la constitucionalidad del denominado turno o derecho de consorte) se establece una innovación que rompe la doctrina sobre la utilización exclusiva del mérito y la capacidad como criterios de adjudicación de plazas tanto para el ingreso inicial como en el desarrollo de la carrera mediante las diferentes formas de provisión de puestos. Se establece una distinción entre el papel de mérito y la capacidad en la fase de ingreso y en la fase ulterior de provisión de vacantes:

*"4. Enmarcado el problema en el ámbito del artículo 23.2 de la CE, ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos [entre otras, SSTC 15/1988, fundamento jurídico 2º (con remisión a la STC 75/1983) y 47/1989, fundamento jurídico 2º], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo. Sin embargo, **tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra -dentro ya de la misma- el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del artículo 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales. Tal es el caso aquí contemplado del denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al artículo 23.2 CE -ni por tanto al artículo 14 CE- ni menos aún que discrimine a la recurrente, que ni siquiera había concursado a la plaza".***

provisión de puestos que acaban siendo claves en el modelo de carrera vertical /art. 78.1 EBEP).

La carrera como institución debe servir para encauzar las expectativas de progreso profesional en el marco de los intereses y necesidades de la organización. Una manera de encauzar esas expectativas es mediante los denominados itinerarios o rutas profesionales y los planes de carrera.

La idea de itinerarios profesionales, en el sentido que aquí se utiliza, tiene dos dimensiones. La primera dimensión es de carácter organizativo y la podemos formular de la siguiente manera: toda Administración puede ser concebida como un conjunto de puestos, sus unidades básicas, que globalmente podemos visualizar como un auténtico mapa de la organización; y cada organización debe decidir como estructura ese mapa de puestos para una adecuada prestación de los servicios y funciones que tiene encomendados. La estructuración de ese mapa de puestos se puede realizar, entre otras perspectivas, buscando un equilibrio entre las similitudes y diferencias de los puestos, lo que nos llevará a tener que realizar diferentes clases de agrupaciones funcionales, cuya coherencia será clave para garantizar la adecuación de la persona al puesto; este es, por ejemplo, el sentido de los ámbitos (que aparecen en los arts. 16.3 y 4, 69.2.c, EBEP) y que, en determinados casos, tendrán coincidencias con agrupaciones clásicas de la función pública como son los cuerpos, escalas, especialidades, categorías (art. 75.1 EBEP). Pero lo relevante es que la organización cuente con una estructuración coherente en ámbitos funcionales, con independencia de su denominación, y que permitirán delimitar las correspondientes agrupaciones de puestos y concretar su grado de polivalencia, especificidad y adaptabilidad. Y de ahí la relevancia de la segunda dimensión de los itinerarios que se refiere a la perspectiva de los recursos humanos: deben contribuir a garantizar la adecuación de la persona al puesto e incentivar el desarrollo permanente de las potencialidades profesionales de cada persona, conciliando de esta manera los intereses de la organización, adecuada prestación del servicio, con la satisfacción de las diferentes expectativas profesionales, reconocimiento de la progresión en el desempeño en el mismo y/o diferentes puestos. Por tanto, el reto de cada organización pública es contar con un diseño claro y coherente de itinerarios profesionales, que deberán revisarse periódicamente para responder a las necesidades de adaptación permanente de cada Administración y que servirán para objetivar las decisiones en materia de carrera profesional en función de esas necesidades.

Pues bien, una vez que la organización ha construido esos itinerarios, a modo de potenciales opciones de progresión profesional que pueden ser elegidas por cada persona en función de sus expectativas, voluntad y capacidad de progresión, se hace

necesario objetivar el potencial proceso de progresión, que es el papel que le corresponderá a los planes de carrera.⁴⁶ La planificación debe permitir una aproximación realista a las posibilidades de progresión en función de la clase de esfuerzo a realizar (adquisición de determinados conocimientos, evaluación positiva del desempeño, formación y desarrollo de determinadas habilidades y destrezas, etc.), del tiempo a invertir (periodificación orientativa mínima de etapas o tramos) y del resultado a conseguir (reconocimiento que permite consolidar un determinado nivel de progresión, ya sea en forma de adquisición de un grado o una categoría superior, o manteniendo el mismo estatus una mejor retribución o, siendo más prosaicos, el conseguir un puesto en un lugar geográfico deseado, por la razón que sea).⁴⁷

2.3. El papel de la formación en relación con la carrera

Cualquier propuesta de renovar o potenciar la carrera profesional debe plantearse muy seriamente el tema de la formación, pues se convierte en un factor clave. El propio EBEP vincula la formación a la nueva concepción de la carrera pues, inmediatamente después de definirla, dice que " A tal objeto las Administraciones públicas promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera" (art. 16.2). Así, el diseño de itinerarios y las posibilidades de progresión mediante cambio de puesto dependen en gran medida del grado de proximidad en la formación exigida para cada puesto. De ahí que cada Administración deba revisar su modelo de formación desde una doble perspectiva. Desde la perspectiva de lo que no debe ser la formación; así nos lo recuerda Longo⁴⁸ cuando nos señala las dos desviaciones clásicas en el uso de los sistemas de formación, por un lado, cuando reduce "a un mero catálogo

⁴⁶ La idea del plan de carrera es una de las novedades del, hasta ahora, último Acuerdo Administración-Sindicatos para el bienio 2002-2004 El Título III del Acuerdo trata sobre "Medidas dirigidas a impulsar la profesionalización y cualificación de los empleados públicos" y contiene un Capítulo VIII titulado "Carrera Administrativa y Promoción interna". Respecto de la carrera tan sólo se contienen unos principios generales que giran en torno a una nueva figura, el plan de carrera administrativa, del que no se concreta nada pero al que se le atribuyen efectos casi taumaturgicos, si nos creemos a los firmantes del Acuerdo: "*La existencia de un adecuado plan de carrera administrativa es un factor imprescindible para que los empleados públicos puedan identificar, desde el momento de su ingreso, cual es el itinerario y sus posibilidades de desarrollo profesional en la Administración Pública, lo que contribuye a aumentar su motivación y satisfacción profesional. Por otro lado, un plan de carrera administrativa acertadamente ordenado y gestionado constituye una herramienta clave para la propia Administración Pública, al permitirle aumentar el nivel de eficacia y la calidad con que se prestan los servicios públicos, en cuanto que facilita situar a los funcionarios más cualificados en los puestos de mayor nivel de dificultad y responsabilidad. Por eso, el plan de carrera administrativa tiene que estar orientado a satisfacer tanto los derechos de los empleados públicos como las necesidades de la organización. En cualquier caso la existencia de un plan de carrera administrativa es un factor esencial para gestionar con acierto la promoción profesional de los empleados públicos*".

⁴⁷ Esta es la concepción que late claramente en el Acuerdo Administración- Sindicatos para el bienio 2002-2004

⁴⁸ LONGO, Francisco: *Mérito y flexibilidad. La gestión de las personas en las organizaciones del sector público*, Paidós, Barcelona, 2004, p.145.

de ofertas de capacitación que administran los propios empleados en función de sus meras preferencias e intereses personales” y, por otro lado, cuando la formación “se convierte en una política que se utiliza para afrontar cualquier problema de personal, incluso aquellos para los que no es el instrumento más adecuado”. Sobre la importancia de la formación afirma el Informe Sánchez Morón:

“No sólo la formación contribuye a la mejor calidad del trabajo desarrollado, sino que sirve como instrumento de motivación y compromiso del personal, de difusión de cultura y valores, de progreso personal y profesional, y de transmisión y conservación del conocimiento. Todos estos elementos influyen de modo directo en el mejor desempeño y son uno de los signos distintivos de las organizaciones más avanzadas y eficientes. No por ser un tópico deja de ser verdad la afirmación de que la formación es una inversión, una de las mejores inversiones que puede hacer cualquier organización” (p.105).

Y por ello acaba realizando la siguiente recomendación:

“La Comisión recomienda, por tanto, que en el Estatuto Básico se haga referencia a la necesidad de las Administraciones Públicas de dedicar los recursos necesarios a la formación y perfeccionamiento de sus empleados y de que se establezcan los derechos y deberes de los mismos al respecto. Las actividades de formación deben someterse a los criterios de programación, gestión y evaluación pertinentes para el logro de sus fines” (p.107).

El EBEP ha optado por quedarse en el tradicional plano de los derechos y los deberes y ha desaprovechado una buena oportunidad para establecer unas pautas mínimas sobre la planificación, gestión y evaluación de la formación, tal y como recomendaba la Comisión de expertos. Por ello le corresponde ahora a los gestores elaborar y poner en marcha el correspondiente modelo de formación a partir de las siguientes previsiones del EBEP, siendo conscientes de la poco afortunada terminología jurídica utilizar para enmarcar diseño institucional de la formación:

a) La necesidad de poner en práctica una política de formación. El art.1.3 g) nos habla de que uno de los “fundamentos de actuación” de las Administraciones públicas debe ser el “*Desarrollo y cualificación profesional permanente de los empleados públicos*”, lo cual implica tener definida una política de formación, debidamente planificada, que deberá ser objeto de negociación, puesto está incluida dentro de las materias enumeradas en el art. 37.1 f), cuando habla de “*Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna*”.

Asimismo, esa política de formación deberá “ordenarse” en función de la correspondiente agrupación de puestos (art. 73.3)

b) La formación como derecho individual y como medio para hacer efectivos otros derechos. El 14 g) reconoce el derecho individual a *“la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales, preferentemente en horario laboral”*. Y la formación también está regulada como medio para ejercer el derecho a la carrera profesional: el art. 16.2 establece que las Administraciones Públicas *“promoverán la actualización y perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios de carrera”*; y el art. 18. 4 dice las Administraciones Públicas *“adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional”*, resultando evidente que entre esas medidas puede y debe tener un papel relevante el facilitar el acceso a la formación correspondiente.

c) La formación como “principio de conducta”. Según el art. 54.8 los empleados públicos *“Mantendrán actualizada su formación y cualificación”*. Parece razonable interpretar que esté principio de conducta está vinculado al deber los empleados públicos de actuar de acuerdo con el principio de eficacia (art. 52.1), pues ello no es posible si no se cuenta con la formación adecuada (cómo resulta evidente con el tema de las nuevas tecnologías, por ejemplo).

d) La formación como medida vinculada a supuestos de movilidad en el marco de Planes para la ordenación de recursos humanos (art. 69.2.d). Esta era una posibilidad ya contemplada en la LMRFP. Ahora el EBEP la contempla como una de las medidas a utilizar para orientar la movilidad hacia sectores que se consideren prioritarios con necesidades específicas de efectivos (art. 81.1) y en supuestos excepcionales en que los planes de ordenación de recursos humanos impliquen cambio de lugar de residencia (art. 81.2).

e) La valoración de la formación como uno de los criterios para resolver concursos. En la LMRFP la formación se recogía expresamente como uno de los méritos a valorar; el EBEP renuncia a realizar una enumeración concreta o mínima de méritos y lo deja abierto (art. 79.1), por lo que habrá que estar a lo que la legislación de desarrollo y/o las correspondientes convocatorias establezcan, resultando razonable pensar que la formación será uno de los méritos a valorar. Paradójicamente, en el ámbito de la carrera horizontal si se realiza una enumeración de criterios (art. 17.b), donde la formación tendrá cabida en relación

con los conocimientos adquiridos o bajo el paraguas de “otros méritos por razón de la especificidad de la función desarrollada”.

A partir de estas previsiones, cada Administración conviene que proceda a revisar su modelo actual de formación o ponerlo en marcha en caso de no tenerlo.⁴⁹

2.4. La progresión en el puesto como modalidad de carrera horizontal

2.4.1 El concepto de progresión en el puesto.

Sin duda alguna, reconocer plenamente y potenciar esta modalidad de carrera es una de las novedades más relevantes reivindicadas por el Informe de la Comisión de expertos y recogida por el EBEP (arts. 16.3.a y 17). De esta manera se abren totalmente las puertas para el pleno desarrollo del embrión de carrera en el puesto que contenía la reforma de 1984 y que, en aquellos momentos, sólo apuntaba una posibilidad de progresión clara a través de “la superación de cursos específicos de formación”, pues nadie sabía como interpretar la referencia a “otros requisitos objetivos”, que se presentaban como algo enigmático.

Es importante resaltar las pautas que los autores del Informe CEBEP señalan para una correcta puesta en práctica de esta modalidad de carrera por las diferentes Administraciones, que deberán (p.98):

- Identificar los colectivos profesionales a los que sería aplicable esta modalidad de promoción, ya que no debería imponerse obligatoriamente, y menos aún por un Estatuto Básico. El EBEP es respetuoso con esta recomendación y la contempla como complemento y/o alternativa a la carrera vertical, y remite a la leyes de desarrollo para que regulen la carrera profesional aplicable en cada ámbito (art. 16.3.a y 4 y art. 17). Conviene resaltar que la importancia que aquí tiene referencia al concepto de "ámbito" para definir los posibles itinerarios o rutas profesionales a que nos hemos referido anteriormente.

⁴⁹ Una valiosa propuesta se recoge en las Normas sobre Organización y Gestión del Nuevo Modelo de Recursos Humanos para la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las claves conceptuales se pueden ver en Gorriti, Mikel y Toña, Fernando “El nuevo modelo de organización y recursos humanos...”, ob. cit. Pp. 265 y 266.

- Establecer los abanicos y tramos de progresión –llámense categorías, como ha sido habitual entre nosotros, o de otro modo-, así como, en su caso, los niveles intermedios. El EBEP habla de “grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos” (art. 16.3.a) y de “grados, categorías o escalones de ascenso” (art. 17.a), por lo que deja un gran margen para que las leyes de desarrollo definan una o varios modelos de progresión.
- Vincular la progresión entre las diferentes categorías (o escalones equivalentes) a la acreditación de determinados grados de competencias profesionales y establecer, si procede, el tiempo mínimo de permanencia en cada nivel. El EBEP no recoge fielmente esta recomendación en lo relativo a la vinculación entre la carrera horizontal y el desarrollo de las competencias del puesto de trabajo y el rendimiento, pues se limita a enumerar que es lo que se deberá valorar: "Se deberá valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño. Podrán incluirse asimismo otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida.(art.17.b). Esperemos que en el desarrollo normativa y aplicación de estos conceptos no se cometan los mismo errores que desde la reforma de 1984 arrastramos en relación con los concursos de provisión de puestos (respecto de los cuales el art. 79. 1 EBEP ha roto la tradición de enumerar unos méritos concretos y comunes a valorar).
- Establecer la compensación retributiva diferenciada que corresponde a cada una de las categorías o escalones de progresión profesional que se hayan fijado. Esta es la principal barrera práctica con el marco actual, por ello es importante que el EBEP recoja literalmente esta previsión tanto en relación con la carrera (art16.3.a) como al regular los conceptos retributivos (arts. 22.3 y 24). Un tema potencialmente conflictivo es que se deja abierta la puerta a ascensos “no consecutivos” (art. 17.a), sin aportar ningún criterio limitativo concreto más allá de una teórica “excepcionalidad”; recordemos toda la problemática que llevamos años arrastrando en relación con la consolidación del grado personal, y nuestra tradición histórica de convertir lo excepcional en regla general.
- Formular criterios y reglas de procedimiento que se utilizarán para evaluar el desempeño⁵⁰ de los empleados en lo que respecta a la acreditación de las

⁵⁰ Sobre el tema de la evaluación del desempeño, imprescindible para la puesta en práctica de un modelo de carrera horizontal, nos remitimos al análisis que M.Carme Noguera realiza en este mismo libro sobre el art. 20 EBEP.

competencias necesarias para promocionar a las categorías superiores .El EBEP contempla la obligatoriedad de establecer sistemas para la evaluación del desempeño que tendrán efectos en la carrera horizontal y que son requisito previo para su puesta en práctica (arts. 17.b, 20.3 y 5), pero no aporta ningún criterio concreto para su aplicación . Recordemos que, a la vista de las pocas experiencias habidas hasta el momento, la efectiva puesta en práctica de ese procedimiento normalmente llevará varios años, pues conlleva la revisión a fondo de las vigentes relaciones de puestos de trabajo, incorporar verdaderos perfiles profesionales y reforzar sustancialmente la función de gestión de los recursos humanos.

2.4.2 Un concepto controvertido: las competencias

En el Informe CEBEP se habla de las “competencias” como un concepto clave para poner en práctica la nueva modalidad de carrera horizontal: “La promoción horizontal debe estar vinculada en estos casos al desarrollo de las competencias relacionadas con el puesto de trabajo, manifestado en el rendimiento del empleado y acreditado en la forma específicamente previsto para ello”(p. 98). Y así lo recoge el EBEP en la Exposición de Motivos al hablar de la carrera horizontal (“*Sin imponerlo a todas las Administraciones Públicas, el Estatuto Básico permite que se configuren modelos de carrera horizontal, desvinculada de los cambios de puesto de trabajo y basada en el desarrollo de las competencias y en el rendimiento.*”) y al tratar sobre la promoción interna (“*Pero, a su vez, resulta necesario facilitar la promoción interna de todos los empleados que adquieran las competencias y requisitos necesarios para progresar en su carrera...*”); pero, paradójicamente, el concepto de competencias no aparece en la parte del articulado referida a estos mismos temas sino en la relativa a las posibles agrupaciones de funcionarios (art. Art. 75.1 *Los funcionarios se agrupan en cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo.*”), lo cual abre un tema de enorme calado: el reto de definir las competencias de las diferentes agrupaciones de funcionarios.

Empecemos por lo evidente: ni en el Informe CEBEP ni en el EBEP se nos define el concepto de competencias, a pesar de considerarlo un elemento clave del futuro modelo de empleo público. Nos parece que este sobreentendido habría que corregirlo en la legislación de desarrollo. Para enmarcar brevemente el reto que supone avanzar hacia un sistema de gestión por competencias vinculado a la nueva concepción de la carrera, conviene tener presente una triple perspectiva: la

doctrinal (relevancia), la técnica (viabilidad) y la político-cultural (prioridad), para evitar repetir los errores de voluntarismo, como la apuesta por la clasificación de puestos en las reformas de 1964 y 1984.

a) Desde la perspectiva doctrinal, suele citarse el artículo de D.C. McClelland "Testing for Competence rather than Intelligence", publicado en el año 1973, como el referente doctrinal pionero. Tal y como señala Prieto⁵¹, McClelland desarrolla el concepto de competencias como una alternativa al concepto de rasgo, que era la herramienta de trabajo habitual en psicología diferencial y psicología industrial, y denominará competencias a las variables que ayudan a predecir el rendimiento laboral. Este potencial carácter de predictor de resultados es lo que le otorga una especial relevancia en el campo de los recursos humanos en las organizaciones. Y Longo nos explica que Richard Boyatzis (1982), miembro de la consultora que había creado McClelland (McBer Associates), para desarrollar una investigación por encargo de la American Management Association con el objetivo de identificar las competencias que permiten distinguir los managers excelentes, formulará una definición de competencias como "*las características subyacentes a una persona, causalmente relacionadas con una actuación de éxito en un puesto de trabajo*", y sobre estas clases de "características" elaborará un primer diccionario de competencias, que posteriormente irá ampliando y modificando, especialmente a partir de incorporar el concepto de "inteligencia emocional" (Salovey y Mayer, 1990; Goleman, 1996) y de coprotagonizar la elaboración de un modelo de desarrollo competencial (Goleman, Boyatzis y McKee -2002). Pero también hay otras muchas definiciones de competencias, con el consiguiente peligro de empacho o sobredosis intelectual, tanto a nivel doctrinal (por ejemplo, Woodruffe -1993- nos dice que "*la competencia se refiere a serie de comportamientos que hay que adoptar para llevar a cabo las tareas y las misiones de un puesto con competencia*") , como de instituciones internacionales (según la Organización Internacional del Trabajo la competencia "*es la idoneidad para realizar una tarea o desempeñar un puesto de trabajo eficazmente, por poseer las calificaciones requeridas para ello*"), o de ámbito sectorial (en materia de formación profesional por competencia se entiende un "*conjunto de conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que un sujeto necesita y utiliza para resolver problemas relativos a su desempeño profesional, de acuerdo con criterios o estándares provenientes del campo profesional*", según el Centro Interamericano de Investigación y Documentación sobre Formación Profesional), o de algún Estado miembro de la Unión Europea (en el caso de la

⁵¹ José María Prieto en el Prólogo al libro de Claude Lévi-Leboeuf *Gestión de las competencias*, Ediciones Gestión 2000. Barcelona 2003, p. 20.

Administración belga se define “*la competencia profesional como el conjunto de conocimientos, aptitudes, valores y actitudes a los que el funcionario recurre para realizar bien las funciones que tiene asignadas*”). Con estas observaciones tan sólo queremos identificar la punta del iceberg: el concepto de competencias que se elija condicionará su identificación (diccionario), influirá en las posibles metodologías de evaluación y enmarcará la potencial amplitud del modelo de gestión de competencias que se quiera poner en práctica.

Pero el debate en torno a la progresiva expansión del modelo de competencias no está exento de controversias ; así, entre los especialistas en recursos humanos existe una importante división entre los defensores del sistema de análisis de puestos y los partidarios del modelo de gestión por competencias.⁵²

b) Desde una perspectiva técnica, lo relevante es la viabilidad de la puesta en práctica del concepto de competencias en nuestras organizaciones públicas. Por lo tanto, el reto se refiere a las posibilidades objetivas de identificar y evaluar las competencias. Claude Lévi-Leboyer⁵³ una de las especialistas que mejor ha identificado las debilidades metodológicas de la valiosa construcción originaria de Boyatzis , nos advierte sobre la existencia de un variado repertorio de listas o diccionarios de competencias, elaboradas a partir de diferentes técnicas, así como de la existencia de diferentes metodologías para proceder a la concreta evaluación de las competencias. Toda esta complejidad tecnológica nos evoca el , demasiado frecuentemente fracasado, reto en nuestras Administraciones públicas de hacer verdaderos análisis, descripciones y valoraciones de puestos. Por ello nos parecen muy sensatas algunas observaciones de esta autora a la hora de identificar y evaluar las competencias, incluso en el caso de que se decida repetir la historia de acudir a los “ primeros espadas” del sector privado especialistas en este tema (de nuevo aparece la Hay en este campo, apoyada en la consultora que fundó McClelland, lo que da como fruto el diccionario de competencias Hay/McBer y una metodología específica de evaluación). Estas son las principales orientaciones de Lévy-Leboyer:

- En primer lugar, para que las listas de competencias sean útiles deben estar referidas a las actividades, estrategias y cultura de cada organización o servicio en concreto, lo que supone un gran esfuerzo de adaptación a cada caso concreto a

⁵² Tal y como refleja un estudio elaborado por un grupo de expertos bajo la dirección de Jeffery S. Shippmann con el título de “The Practice of Competency Modelling” (2000).

⁵³ Claude Lévi-Leboyer *Gestión de las competencias*, Ediciones Gestión 2000, Barcelona 2003 (la edición original en francés es del año 1996).

través de una definición clara y precisa de cada competencia en relación con cada puesto o empleo.

- En segundo lugar, debe asegurarse la efectiva utilización de las listas de competencias, lo que hace imprescindible una fuerte implicación de la estructura jerárquica en la elaboración de las listas de competencias, en la formación de los evaluadores y participando en las correspondientes pruebas piloto.
- En tercer lugar, hay que ser conscientes de que el paradigma clásico de la evaluación –prever el éxito de un determinado puesto a partir de informaciones referentes a los resultados pasados- ha de ser sustituido por evaluar la adaptabilidad que un individuo experimentará en el futuro y su aptitud para aprender competencias nuevas; en otras palabras, no es tan relevante identificar las competencias adquiridas como concretar las competencias a fin de poder predecir las que pueden ser adquiridas, incluyendo el análisis de las condiciones individuales y de entorno que favorecen estas adquisiciones.
- En cuarto, y último, lugar, hay que revisar el papel tradicional de la formación para ponerla al servicio del desarrollo de las competencias. Sin duda alguna, este es el campo en el que todavía sólo se intuye el horizonte, porque hoy en día todavía hay más voluntarismo que base científica para avalar programas solventes de desarrollo de competencias; y de ello es consciente el propio Boyatzis, actualmente involucrado en un proyecto de investigación colectivo dirigido a validar un Programa de Evaluación y de Desarrollo de Competencias Directivas en nuestro país.

c) “La gestión por competencias supone su utilización como un patrón o norma para la selección de personal, la planificación de carreras y la sucesión, la evaluación del desempeño y el desarrollo personal. Este enfoque convierte a las competencias en un eje central de gestión de las personas, tal y como hoy se entienden y practican en un número creciente de empresas y organizaciones de todo tipo”⁵⁴. Esta es al mismo tiempo la gran virtud y la gran dificultad del modelo de gestión por competencias: se convierte en una pieza central de la gestión de los recursos humanos de la organización, pero su implantación obliga a revisar y reordenar los demás subsistemas de la gestión de los recursos humanos. En la década de los noventa se consolida su utilización especialmente en el mundo anglosajón y, en el caso del Reino Unido, también en su sector público estatal; asimismo, la Administración de la Unión Europea o la de Bélgica apuestan por un modelo de competencias, aunque en países del peso de Francia y Alemania todavía se está en una fase incipiente, porque supone cuestionar sus modelos

⁵⁴ Longo Martínez: *Merito y Flexibilidad...*, ob. cit, pp. 43 y 44)

tradicionales basados en las ideas de mérito y capacidad entendidas como conocimientos y mérito como sinónimo de experiencia.

En nuestro sector público apenas contamos con experiencias y nos encontramos todavía en una fase muy embrionaria.⁵⁵ Por ello, hay que ser muy conscientes del imprescindible apoyo político y técnico para implantar con éxito una propuesta tan innovadora como compleja, cuya completa implantación abarca bastante más de un mandato político y conlleva un importante cambio de cultura; por ello, o se aborda como una prioridad institucional, o corre el peligro de caricaturizarse, repitiendo los errores históricos de la clasificación de puestos: se contrata una consultora de renombre, se copia el modelo de otra administración pública y se elaboran unos diccionarios de competencias que se acaban aplicando rutinariamente sin que haya un verdadero cambio. Como suele decirse, si la opción por el modelo de gestión por competencias se toma como un trámite o una moda, para ese viaje no hacen falta alforjas. Las pocas experiencias con que contamos remarcan la importancia de ponderar, al menos, tres consideraciones previas: el grado de madurez de la organización (¿cuenta con un verdadero análisis y valoración de puestos?), la conciencia de que se trata de un largo y costoso proceso (¿cuál es el principal beneficio o mejora que espera obtener la organización?) y la necesidad de implicar a los políticos (del gobierno y de la oposición), a los directivos, a los sindicatos y a todo el personal⁵⁶

El tiempo dirá si en nuestras Administraciones cuaja esta modalidad de carrera sin desvirtuarse ante el reto que supone incorporar la práctica de la evaluación sistemática en el ámbito de los recursos humanos y avanzar en la gestión por competencias.

2.5. La carrera vertical

Hay poco que apuntar en relación con esta modalidad tradicional de carrera, pues el legislador básico ha optado por remitir prácticamente en su integridad la regulación de la carrera vertical a la legislación de desarrollo, pues se limita a decir que "consiste en el

⁵⁵ Por ejemplo, en Cataluña la Diputación de Barcelona es la institución que más está invirtiendo en el desarrollo e implantación del modelo de gestión por competencias, proceso inacabado en el que lleva más de una década, pero que ha servido de referente a otras entidades locales (como el Ayuntamiento de Manlleu, cuya experiencia está explicada en el libro de M. Carme NOGUER y Neus GUZMÁN *La gestió dels recursos humans per competències: una experiència municipal*, EAPC. Barcelona, 2007).

⁵⁶ Ver José Antonio Pascualena Artieda "Proposta pràctica per desenvolupar els principis teòrics dels models de gestió percompetències". Comunicación presentada en el II Congrés Català de Gestió Pública, Barcelona, 2006, pp. 29 y 30

ascenso en la estructura de puestos de trabajo" mediante los procedimientos de concurso y libre designación (art. 16.3.b EBEP). Habrá que esperar a ver cual es la estructura de puestos que adopta cada ley desarrollo y como se agrupan los puestos (art. 73.1 EBEP). Por lo demás, sólo nos indica que la continuidad en un puesto obtenido por concurso quedará vinculada a la evaluación del desempeño (art. 20.4 EBEP) y que la imposición de la sanción de demérito consistirá en una penalización a efectos de carrera, promoción o movilidad voluntaria (art. 96.1. e EBEP).

2.6. La promoción interna

La promoción interna como institución cumple una doble función: a) contribuir al mejor aprovechamiento de los recursos humanos para la organización, pues se trata de posibilitar que los funcionarios accedan al desempeño de aquellos puestos que estén vacantes, sin tener que acudir a seleccionar personas ajenas a la Administración; y b) dar cumplimiento al derecho de los funcionarios de carrera administrativa, posibilitando su progresión y movilidad dentro de la organización.⁵⁷

Siguiendo las recomendaciones del Informe CEBEP, la promoción interna se regula sistemáticamente como una forma de promoción profesional y por ello se la enmarca en las diferentes modalidades de carrera (arts. 16.3 y 18 EBEP), manteniendo la tradicional distinción entre promoción interna vertical (que consiste en el ascenso desde un cuerpo o escala de un Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, a otro superior – art. 16.3.c EBEP) y promoción interna horizontal (que consiste en el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional - art.. 16.3.D EBEP).

En el EBEP (art. 18.1) se mantiene la lógica exigencia de la LMRFP (art. 22) de que la promoción interna se realizará mediante procesos selectivos que garanticen el cumplimiento de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como de los demás principios exigidos en el proceso de selección (art. 55.2 EBEP). Ello cual exige superar las correspondientes pruebas selectivas (art. 18.2 EBEP), lo cual obliga a una necesaria justificación de la exención de materias o pruebas y a una motivada valoración de los méritos; y todo ello debe constar en la correspondiente

⁵⁷ Este segundo fundamento explica que a los funcionarios que acceden a las vacantes por promoción interna se les otorgue un derecho preferente para cubrir las mismas con relación a los aspirantes de turno libre y, asimismo, justifica que los funcionarios conserven el grado consolidado y que el tiempo de servicios prestados en el puesto de origen les cuente para la consolidación del grado en el nuevo Cuerpo o Escala (tal y como reconoce en el ámbito estatal el art. 78 RGIPP).

convocatoria con la finalidad de permitir un control por todos aquellos interesados, tanto del turno libre como del de promoción interna, así como de cualquier otro interesado.⁵⁸

Para participar en el turno de promoción interna los funcionarios deberán reunir los siguientes requisitos (art.18.2 EBEP)⁵⁹:

- a) Cumplir los requisitos exigidos para el ingreso. Esto supone que entre los requisitos exigidos, , como hemos visto al hablar de la selección, se debe tener la titulación exigida para el ingreso en el Cuerpo o Escala al que desean acceder. El EBEP mantiene vigente la excepción que a esta regla contempla la LMRFP⁶⁰: el requisito del título puede ser sustituido por la acreditación de diez años de antigüedad o de cinco y un curso específico de formación para promocionar del Grupo D al C.
- b) Tener una antigüedad mínima de dos años de servicio activo en el inferior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo. El hecho de que ahora ya no se exige haber ocupado esa plaza en condición de funcionario de carrera deja abierta la puerta a que se pueda computar el tiempo desempeñado como interino, que es uno de los temas jurisprudencialmente controvertidos, especialmente en el ámbito local.⁶¹

A las leyes de desarrollo les corresponde articular los sistemas para realizar la promoción interna⁶² y podrán determinar los cuerpos y escalas a los que podrán acceder los funcionarios de carrera pertenecientes a otros de su mismo Subgrupo (art. 18.3 EBEP). En el ámbito de la Administración General del Estado sigue en vigor el art. 22.2 y 3 LMRFP que establece, entre otros, dos requisitos organizativos: por una

⁵⁸ Recordemos que, según el art. 77 RGIPP, cuando se utilice la fórmula de oposición o concurso-oposición deberá establecerse en la correspondiente convocatoria la exención de las materias o pruebas cuyo conocimiento o superación ya se hubiera acreditado en el acceso al Grupo o Escala de origen.

⁵⁹ Aunque en el ámbito de la Administración General del Estado está vigente la denominada "promoción cruzada" (art. 22.3 LMRFP), a la que hace referencia el Informe CEBEP –p 102- , pues se permite que el personal laboral pueda participar en procesos de promoción interna a puestos de funcionarios. Y una aplicación excepcional la encontramos en la Disposición Transitoria Segunda del EBEP, que legitima determinados procesos de funcionarización (ver al respecto el comentario de Xavier Boltaina en este mismo libro).

⁶⁰ Ver la Disposición Adicional Decimosegunda LMRFP (añadida por Ley 42/1994, de 30 de diciembre).y la Disposición adicional novena RGIPP.

⁶¹ En el ámbito de la Administración General del Estado sigue en vigor el art.22.2 LMRFP, que expresamente habla de haber prestado servicios como funcionario de carrera.

⁶² Según el artículo 74 RGIPP la promoción interna se efectuará mediante el sistema de oposición o concurso-oposición; y en el sistema de concurso-oposición las convocatorias podrán fijar una puntuación mínima para acceder a la fase de oposición., pero en ningún caso la puntuación obtenida en la fase de concurso podrá aplicarse para superar los ejercicios de la fase de oposición.

lado, desempeñar funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional y en su nivel técnico y, por otro lado, que se deriven ventajas para la gestión de los servicios. Asimismo, el Informe de la CEBEP recomienda que sean las leyes de desarrollo las que "determinen el tipo de convocatorias, independientes o no de las de acceso libre, a efectos de promoción interna, y la posibilidad de restringir dicha opción en el marco de las áreas funcionales o sectores específicos. Al fin y al cabo, estas posibilidades guardan relación directa con la planificación estratégica de los recursos humanos en cada Administración, que sólo a ella corresponde ordenar" (p. 104)⁶³

Por último, el art. 18.4 EBEP establece que las Administraciones Públicas adoptarán medidas que incentiven la participación de su personal en los procesos selectivos de promoción interna y para la progresión en la carrera profesional. El Informe CEBEP habla en este sentido de disfrute de licencias, o reducciones proporcionales de jornada laboral o del otorgamiento de becas de formación (p. 103).

3. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO Y MOVILIDAD

3.1. El concurso como procedimiento normal de provisión de puestos

3.2. La libre designación

3.3. Sobre la movilidad de los empleados públicos

3.3.1 La movilidad interna

3.3.2 La movilidad interadministrativa

En materia de provisión de puestos y movilidad el EBEP se ha hecho poco eco de las propuestas de la Comisión de Expertos y es esencialmente continuista, a pesar del duro diagnóstico que esta hace de la situación actual: "El sistema de provisión de puestos de trabajo existente en la actualidad en nuestro país suscita no pocas críticas, tanto desde un punto de vista de los gestores públicos como de los empleados. En general, se detecta una falta de confianza de unos y otros en ese

⁶³ El art. 69.2 .c y d EBEP deja abierta la puerta a esta posibilidad en el marco de la planificación de los recursos humanos.

sistema⁶⁴. La principal consecuencia es que nos encontramos ante un modelo apenas esbozado por el legislador básico, cuyo grado de innovación dependerá de los posteriores desarrollos legales y reglamentarios, hasta cuya aprobación no entrará en vigor este capítulo III del Título V, tal y como establece en número 2 de la Disposición Final Cuarta EBEP.

El EBEP comienza señalando que en la provisión de puestos rigen los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art. 78.1), cosa que no hacía la LMRFP⁶⁵. Aquí el legislador básico ha desaprovechado una oportunidad de para reconducir la jurisprudencia del Tribunal constitucional que desde principios de los años noventa afirma que los principios de mérito y capacidad "no rigen con la misma intensidad" en la fase de acceso y en la de provisión⁶⁶; veremos que hacen las Leyes de la Función Pública de desarrollo.

⁶⁴ Informe CEBEP, P. 108.

⁶⁵ El redacto de principios de este apartado 1 del art. 78 EBEP es igual al que contenía el art. 19.1 LMRFP pero aplicado a la selección. Por ello, parece que el legislador básico mantiene la tradición de diferenciar entre los principios aplicables a la fase de selección y a la de provisión, pues el art. 59.2 EBEP enumera otros principios que no aparecen en el art. 78.1, cuando en el propio art. 1.3.b) del EBEP parece apostarse por esa igualación al afirmar que los principios de igualdad, mérito y capacidad se aplicarán en el acceso y en la promoción profesional, de la que la provisión de puestos es una técnica esencial.

⁶⁶ Podemos afirmar que hasta finales del año 1991 el Tribunal Constitucional mantenía que el mérito y la capacidad eran los únicos criterios utilizables tanto en la fase de acceso como en la de provisión de puestos, y así lo recogía la STC 215/1991(FJ 3º). Sin embargo, esta "reiterada doctrina" se ha resquebrajado en dos sentencias del mes de octubre del mismo año 1991: la Sentencia 192/1991, de 14 de octubre y la Sentencia 200/1991, de 28 de octubre. En estas dos sentencias referidas al mismo tema (la constitucionalidad del denominado turno o derecho de consorte) se establece una innovación que rompe la doctrina sobre la utilización exclusiva del mérito y la capacidad como criterios de adjudicación de plazas tanto para el ingreso inicial como en el desarrollo de la carrera mediante las diferentes formas de provisión de puestos. Se establece una distinción entre el papel de mérito y la capacidad en la fase de ingreso y en la fase ulterior de provisión de vacantes:

*"4. Enmarcado el problema en el ámbito del artículo 23.2 de la CE, ningún reparo cabe oponer a la proyección del principio de igualdad no sólo en el momento del acceso a las funciones públicas, sino también a todo lo largo de la duración de la relación funcionarial o asimilada a estos efectos [entre otras, SSTC 15/1988, fundamento jurídico 2º (con remisión a la STC 75/1983) y 47/1989, fundamento jurídico 2º], siendo aplicable, por tanto, a los actos posteriores al acceso y, entre ellos, a los relativos a la propia provisión de puestos de trabajo. Sin embargo, **tampoco debe ignorarse la distinta consideración que, a estos efectos, merecen, de una parte, el acceso a la función pública y, de otra -dentro ya de la misma- el desarrollo o promoción de la propia carrera administrativa, y, por consiguiente, el diferente rigor e intensidad con que en cada una de ellas operan los derechos y valores constitucionales como son el acceso en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE) y de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE) a las funciones públicas. Pues, en efecto, siendo el derecho del artículo 23.2 CE un derecho de configuración legal, puede la Administración legítimamente dentro de los concursos para la provisión de vacantes o puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública (y, por tanto, acreditado los requisitos de mérito y capacidad) tener en cuenta otros criterios distintos que no guarden relación con éstos, en atención, precisamente, a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de otros bienes constitucionales. Tal es el caso aquí contemplado del denominado derecho de consorte que, dada la forma en que normativamente ha sido previsto, no puede estimarse que sea contrario al artículo 23.2 CE -ni por tanto al artículo 14 CE- ni menos aún que discrimine a la recurrente, que ni siquiera había concursado a la plaza".***

A la hora de identificar los diferentes procedimientos de provisión el EBEP (art. 78.2) mantiene la lógica de la LMRFP que calificaba el concurso como el procedimiento "normal", al lado de la libre designación, reservada para la cobertura de determinados puestos "de especial responsabilidad y confianza" (art. 80.2 EBEP). Al lado de estos dos procedimientos ordinarios o típicos, se abre la puerta a que las Leyes de desarrollo establezcan otros procedimientos de provisión en unos supuestos que, sorprendentemente, aparecen como tasados (art. 78.3 EBEP)⁶⁷: traslados forzosos (art. 81.2), permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos. Aunque estos procedimientos de provisión, calificados por la doctrina como atípicos, ya existían en la LMRFP, la novedad está ahora en que dependerá de cada legislador decidir cuales quiere regular y qué contenido darles a partir de que la regulación básica apenas va más allá de identificar el supuesto de hecho en la mayoría de los casos.

3.1 El concurso como procedimiento normal de provisión de puestos

La parcialmente novedosa regulación del concurso plantea diversos interrogantes en cuanto a su puesta en práctica. El primer interrogante se deriva de lo que a partir de ahora se puede y debe valorarse en cada concurso. El art. 79.1 EBEP nos habla de que el concurso consistirá en la valoración de "méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos", frente a la formulación hasta ahora vigente que se refería exclusivamente a la valoración de unos méritos concretados en cada convocatoria de acuerdo con el correspondiente baremo (art. 20.1.a y c LMRFP). Parece que la respuesta a lo que se puede y debe medir en cada caso debe encontrarse en las características del puesto a cubrir, lo que se deberá objetivar mediante la elaboración del correspondiente perfil profesional coherente con las funciones y tareas que tenga atribuidas el puesto de trabajo; y que dicho perfil deberá incluirse en la correspondiente convocatoria por servir de fundamento objetivo a los méritos, capacidades y aptitudes que se quieran medir. A la importancia del perfil profesional en los procedimientos de provisión se refiere expresamente la CEPEP: *"Un primer problema radica en la insuficiente definición de los perfiles profesionales de los puestos de trabajo. Resulta habitual que el perfil de puestos sólo se efectúe en el momento en que cada puesto va a convocarse*

⁶⁷ Si realmente se acaba imponiendo la primera impresión de que estamos ante una lista tasada, habremos de concluir que ha desaparecido la histórica comisión de servicios como procedimiento de provisión (arts. 36.3 y 64 RGI), salvo que las leyes de desarrollo la revivan como una situación administrativa (art. 85.2 EBEP) o que entendamos que está incluida en la nueva regulación de la adscripción provisional (art. 81.3 EBEP).

a provisión y en función de esta, de forma muchas veces improvisada y sin responder a un modelo o sistema previo de gestión. Al igual que se ha distorsionado la clasificación o la relación de puestos de trabajo para hacerla depender de las exigencias retributivas de los empleados –como hemos visto– también se ha distorsionado, con alta frecuencia, la definición de los puestos, haciéndola depender de los concursos e inclusive de los posibles concursantes, y no al revés. Por ello, en muchas ocasiones se acotan excesivamente dichos perfiles de modo no justificado, requiriendo o valorando como mérito para concursar la realización de cursos excesivamente específicos o limitando al experiencia profesional valorable a áreas de trabajo muy restringidas o incluso a la experiencia en los propios órganos o unidades en que se localiza la vacante" (p. 108).

El segundo interrogante hace referencia a los métodos o técnicas de comprobación y valoración de los méritos, capacidades y, en su caso, aptitudes. Hasta ahora estaba abierta la puerta a la utilización de memorias y entrevistas pero limitadas a aquellos puestos que por su naturaleza se hubieran de cubrir mediante el denominado concurso específico.⁶⁸ Ahora se abre la puerta a la utilización del cualquier método o técnica que se considere objetivamente solvente y que pueda superar el correspondiente control jurisdiccional.⁶⁹

El tercer interrogante está relacionado con la composición del órgano colegiado de carácter técnico que debe resolver el concurso. Aquí la primera novedad es común a la que hemos comentado anteriormente en relación con los órganos de selección: la necesidad de que su composición sea paritaria entre hombres y mujeres. Hay una segunda novedad que es la que puede plantear problemas de interpretación si la ponemos en relación con la nueva regulación de los órganos de selección: ¿cómo debemos interpretar los requisitos de profesionalidad y especialización de los miembros de estos órganos técnicos? y ¿cómo interpretar las exigencias de imparcialidad y objetividad en su funcionamiento? Si acudimos a la regulación actual nos encontramos que se sigue un criterio formal: pertenecer a Cuerpos o Escalas de Grupo de titulación igual o superior al exigido para los puestos convocados;⁷⁰ nos parece que se debería dar un paso más y exigir que los

⁶⁸ El concurso específico se estructura en dos fases: en la primera se valoran los méritos genéricos, y los que superen la puntuación mínima pasan a la segunda fase en la que se valoran los méritos específicos mediante la memoria o entrevista (art. 45 RGI)

⁶⁹ Sobre las diferentes técnicas de comprobación y valoración y su necesario control judicial nos remitimos a nuestro trabajo.. "El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado". *Documentación administrativa*, 241-242, enero-agosto 1995.

⁷⁰ Y cuando se trate de concursos especiales, además de los requisitos citados, se deberá poseer grado personal o desempeñar puestos de nivel igual o superior al de los convocados (Artículo 46.1 RGI).

miembros del órgano técnico tenga un dominio suficiente de los diferentes métodos de y técnicas de comprobación y valoración especialmente cuando la convocatoria se refiera a capacidades y aptitudes. Sobre como interpretar las exigencias de imparcialidad y objetividad, nos parece que lo más adecuado es seguir la recomendación de la Comisión de Expertos cuando dice que: *"Cómo es lógico, dichas comisiones deben contar con un régimen de independencia funcional, no siendo recomendable que formen parte de ellas cargos de naturaleza política ni representantes sindicales u otras personas afectadas por causas de abstención"* (p. 110).

El cuarto interrogante tiene que ver con cual puede ser el plazo razonable mínimo de ocupación de los de los puestos obtenidos por concurso para poder participar en otros concursos de provisión de puestos de trabajo. El art. 79.2 EBEP dice que la determinación de ese plazo corresponde a las Leyes de desarrollo; mientras esto no sucede parece lógico seguir aplicando el actual plazo de dos años, que establece el art. 20.1.f) LMRFP para la Administración General del Estado y que el EBEP mantiene en vigor.

El último interrogante se refiere a las consecuencias de la pérdida de un puesto obtenido por concurso. El art. 79.3 EBEP de nuevo remite a las legislaciones de desarrollo, que deberán posibilitar la asignación de un puesto de trabajo conforme al sistema de de carrera profesional propio de cada Administración Pública y las garantías inherentes a dicho sistema. Teniendo en cuenta que el Capítulo dedicada a la carrera, en el que se contempla la posibilidad de ser removido de un puesto obtenido por concurso en función de la correspondiente evaluación del desempeño (art. 20.4 EBEP), no entrará en vigor hasta su correspondiente desarrollo legislativo, deberemos seguir aplicando el actual sistema de garantías en caso de pérdida del puesto de trabajo.⁷¹

⁷¹ Según el art. 21.2.b LMRFP: "b) Los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo, sin obtener otro por los sistemas previstos en el artículo anterior, quedarán a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Subdelegado del Gobierno u órganos análogos de las demás Administraciones, que les atribuirán el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, quienes cesen por alteración del contenido o supresión de sus puestos en las relaciones de puestos de trabajo, continuarán percibiendo, en tanto se les atribuye otro puesto, y durante un plazo máximo de tres meses, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto suprimido o cuyo contenido haya sido alterado"

3.2 La libre designación

Vaya por delante que en relación con el procedimiento de libre designación el legislador básico ha perdido una magnífica oportunidad para replantear su configuración con la finalidad de contrarrestar los abusos de todos conocidos, que ya constituyen una tradición en nuestra función pública, y claramente identificados por la Comisión de Expertos.⁷² Ante esta situación de gris continuismo en la legislación básica hemos de dejar alguna esperanza de mejora en las legislaciones de desarrollo.

En teoría, si el concurso es el sistema normal para la provisión de la mayoría de los puestos, la libre designación debe ser un sistema excepcional, tanto desde el punto de vista cuantitativo (debe afectar a un número muy reducido de puestos) como cualitativo (pues aquí el criterio predominante es el de la confianza frente a los criterios de mérito y capacidad que son los únicos utilizables en el concurso. Veamos como se regula la libre designación en el art. 80 EBEP:

a) La apreciación discrecional de la idoneidad de los candidatos (art. 80.1 EBEP). A diferencia de lo que sucede en el concurso, en la libre designación no existe una valoración previa sobre la idoneidad de los candidatos a propuesta de un órgano técnico especializado, sino que el órgano competente para el nombramiento decide directamente, teniendo como único límite el respeto a los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, pues el EBEP ha suprimido la necesidad de contar con un informe del titular del centro organismo o unidad a esté adscrito el puesto⁷³. Sobre el concepto de "idoneidad", que el EBEP también lo utiliza al hablar de los directivos (art. 13.2), habrá que ser conscientes de que no se puede utilizar con el mismo rigor que en los procesos de selección porque aquí el criterio determinante es la confianza. No obstante, se deja la puerta abierta a que el órgano competente para el nombramiento decida recabar la intervención de especialistas que permitan apreciar la idoneidad de los candidatos (art. 80.3 EBEP).⁷⁴

⁷² En cuanto al diagnóstico sobre la libre designación ver pp. 10 y 110 del Informe CEBEP, y en cuanto a las propuestas de reconfiguración ver pp. 111 y 112.

⁷³ Tal y como establecía el art. 20.1.c) LMRFP. Además, en el ámbito de la Administración General del Estado, si el nombramiento debe recaer sobre un funcionario destinado en otro Departamento, será necesario el informe favorable de éste (se entenderá así si no es emitido en el plazo de quince días naturales) aunque, incluso si fuera desfavorable, podría realizarse el nombramiento con la autorización del Secretario de Estado para la Administración pública (Art. 54 y 55 RGI).

⁷⁴ Esta es una opción de mínimos frente a la propuesta de la CEBEP, que consideraba imprescindible alguna intervención de los órganos o comisiones de valoración de méritos (p. 111).

b) Delimitación de los puestos a cubrir por este procedimiento (art. 80.2 EBEP). La nueva normativa básica remite a las leyes de desarrollo el establecimiento de los criterios para determinar los puestos que por su "especial responsabilidad y confianza" puedan cubrirse por el procedimiento de libre designación. Recordemos que hasta ahora el legislador básico remitía a la "naturaleza de las funciones" atribuidas a cada puesto, correspondiendo a las relaciones de puestos de trabajo concretar cuáles son eran puestos (art. 20.1.b LMRFP)⁷⁵. No parece que las leyes de desarrollo vayan a innovar en exceso a la hora de establecer unos criterios que acoten que puestos que reúnan necesariamente las notas de "especial responsabilidad y confianza"⁷⁶ deben ser cubiertos mediante libre designación; en todo caso, la identificación de esos puestos deberá ser coherente con la delimitación de los puestos reservados a personal eventual (que "sólo realiza funciones de confianza o de asesoramiento especial" –art. 12.1 EBEP) y a funcionarios que ostente la condición de personal directivo –art. 13 EBEP).

c) Necesidad de convocatoria pública. Aquí se da la paradoja de que el legislador básico insiste mucho en el principio de la publicidad en los procedimientos de provisión de puestos(art. 78.1 EBEP) y, en concreto, en la necesidad de convocatoria pública en el caso de la libre designación (art. 80.1 EBEP), pero no establece un mínimo contenido de dicha convocatoria, como hacía el arts. 20.1 LMRFP, cuando nos decía que debe realizarse en el correspondiente Boletín o Diario oficial y deberá contener la denominación, nivel y localización del puesto, así como los requisitos indispensables para su desempeño.⁷⁷

d) Nombramiento y cese discrecionales. El EBEP no contiene novedad alguna en esta materia, por lo que debemos entender aplicables las regulaciones vigentes. Teniendo en cuenta que tanto el nombramiento como el cese son actos discrecionales, los mismos deberán ser motivados en aplicación de lo establecido en el art. 54.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. El RGI, que es de aplicación supletoria en el ámbito local, exige que la motivación en el nombramiento se base en acreditar que se ha observado el procedimiento debido y que el candidato

⁷⁵ En el ámbito de la Administración General del Estado se mantiene en vigor la identificación de los puestos a cubrir por libre designación realizada por el art. 20.1.b LMRFP (y completada por los Art. 51.2 RGI y 19, 29 y 30 LOFAGE): Subdirector General, Delegados y Directores territoriales, provinciales o comisionados de los Departamentos ministeriales, de sus Organismos autónomos y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y Secretarías de Altos Cargos de la Administración

⁷⁶ Con el art. 51.2 RGI basta que se de una sola nota: que el puesto sea de carácter directivo o de especial responsabilidad.

⁷⁷ Esta regulación básica era de mínimos y, por ello, en el ámbito de la Administración General del Estado se utiliza una fórmula más amplia ("la descripción del puesto") y ,además, se nos dice que la convocatoria podrá incluir " las especificaciones derivadas de la naturaleza de las funciones encomendadas al puesto" (art.52RIPPT).

elegido reúne los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria (art. 56.2 RGI); y la motivación en el cese puede limitarse a fundamentar la competencia para decidir el cese (art. 58.1 RGI. Otro tema es que, como en el caso de la pérdida del puesto obtenido mediante concurso, el legislador básico no regula todas las consecuencias del cese y se remite a las legislaciones de desarrollo, que deberán posibilitar la asignación de un puesto de trabajo conforme al sistema de de carrera profesional propio de cada Administración Pública y las garantías inherentes a dicho sistema (art. 80.4 EBEP.

3.3 Sobre la movilidad de los empleados públicos

A la horade regular los diferentes supuestos de movilidad el legislador se mueve entre dos intereses frecuentemente contrapuestos: el derecho del funcionario a la movilidad y interés de la organización para un mejor aprovechamiento de su personal. Ello explica la tradicional contraposición entre de movilidad voluntaria y movilidad forzosa; la movilidad como derecho y como deber. El EBEP apuesta claramente por potenciar los supuestos de movilidad forzosa. Vaya por delante que nos encontramos ante una regulación poco afortunada desde el punto de vista técnico, tanto por sus ambigüedades como insuficiencias⁷⁸, que esperemos ayuden a paliar las normas legales y reglamentarias de desarrollo y los correspondientes acuerdos administrativos de aplicación, que en este tema tendrán una especial relevancia.

A continuación vamos a analizar los supuestos de movilidad de carácter básico partir de la distinción entre movilidad dentro de la propia Administración, movilidad interna, o entre Administraciones, movilidad interadministrativa.

3.3.1 La movilidad interna⁷⁹

A) Los traslados definitivos

⁷⁸ Resulta especialmente confusa al remisión que el art.78.3 EBEP hace a las leyes de desarrollo habilitándolas para que puedan establecer "otros procedimientos de provisión en los supuesto de movilidad a que se refiere el artículo 81.2, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos".

⁷⁹ En el ámbito local tan sólo contamos actualmente con una referencia genérica a la posibilidad de que los órganos competentes puedan realizar la "adscripción a unos u otros puestos de trabajo" de los funcionarios de carrera, siendo esto compatible con el reconocimiento del derecho al cargo y a la inamovilidad de residencia cuando el servicio lo consienta (art. 141. 1 TRRL).

a) El art. 81.2 EBEP contempla dos modalidades de traslados definitivos, una forzosa y otra voluntaria, con el mismo fundamento objetivo: "*por necesidades del servicio o funcionales*". La línea que separa estas dos modalidades de traslado definitivo es el cambio de residencia, que sólo puede darse por motivos excepcionales en el marco de los planes de ordenación de los recursos humanos (art. 69.2 EBEP), pues la existencia de cambio de residencia implica dar prioridad a los traslados voluntarios. Para la puesta en práctica de ambas modalidades de traslados definitivos deben cumplir las siguientes condiciones:

- respetar las retribuciones; Habrá que entender que en su cuantía global, pues el legislador no matiza ni distingue.
- respetar las condiciones esenciales del trabajo; aquí habrá que apoyarse en la doctrina laboralista que es la que ha trabajado este concepto.
- pagar las indemnizaciones establecidas reglamentariamente para los traslados forzosos.⁸⁰
- modificar la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares, cuando sea procedente.

b) Traslado voluntario hacia sectores prioritarios (art. 81.1 EBEP). Este es un traslado que podemos calificar de incentivado (¿teledirigido?), porque cada Administración, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, decide en cada momento cuales son los sectores prioritarios de la actividad pública que tienen necesidades específicas de efectivos. En esta línea, el art. 69.2 EBEP establece que los Planes de ordenación de los recursos humanos pueden incluir medidas de movilidad como la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen.

c) El artículo 82 EBEP contempla el supuesto de movilidad *por razón de violencia de género*.⁸¹ Esta modalidad de traslado tiene su fundamento en que la empleada se

⁸⁰ Según el art. 20.1.g) LMRFP: "*En el ámbito de la Administración General del Estado la indemnización consistirá en el abono de los gastos de viaje, incluidos los de su familia, una indemnización de tres dietas por el titular y cada miembro de su familia que efectivamente se traslade y el pago de los gastos de transporte de mobiliario y enseres, así como una indemnización de tres mensualidades de la totalidad de sus retribuciones, excepto el complemento de productividad, cuando se produzca cambio de provincia o isla. Ello sin perjuicio de otras ayudas que en el propio Plan de Empleo puedan establecerse.*"

⁸¹ Su antecedente es el art. 20.1.i) LMRFP: "*La funcionaria víctima de violencia sobre la mujer que se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo propio de su Cuerpo o Escala y de análogas características que se encuentre vacante y sea de necesaria provisión. En tales supuestos la Administración Pública competente*"

ve obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, con la finalidad de hacer efectiva su protección o el derecho a la asistencia social integral. Este es un traslado que "tendrá la consideración de traslado forzoso", tanto por su origen (la víctima de la violencia de género se ve obligada abandonar su puesto) como porque jurídicamente ello conlleva el tener derecho a las indemnizaciones propias del traslado forzoso. Y se configura como un derecho que se puede ejercer sin necesidad de que exista una vacante de "necesaria cobertura", porque es la interesada la que decide ejercer ese derecho de traslado en su propia localidad o en otra a un puesto de análogas características.

B) Traslados o adscripciones provisionales

Al igual que en el caso de los traslados definitivos, podemos hablar de dos modalidades de los traslados provisionales, una forzosa y otra voluntaria, con un mismo fundamento objetivo: se podrán realizar "*en caso de urgente e inaplazable necesidad*" (art. 81.3 EBEP), lo que deberá acreditar la correspondiente Administración, y deberá proceder a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que sean de aplicación. La verdad es que es difícil decir menos para intentar abarcar tanto, porque a la vista de la normativa legal y reglamentaria vigente, aquí caben prácticamente todos los supuestos de las tradicionales comisiones de servicios forzosas y voluntarias; por ello habría sido aconsejable mantener estas denominaciones históricamente consolidadas y regular mínimamente los requisitos y límites de su ejercicio.

3.3.2 La movilidad interadministrativa

Seguramente estamos ante uno de los temas que mas escepticismo genera a la vista de los pobres frutos que ha dado la voluntarista regulación del legislador del año 1984,⁸² en la que inicialmente los funcionarios locales tienen abierto el acceso a los puestos de otras Corporaciones Locales y de su Comunidad Autónoma, hasta que en el año 1999 se amplía esta teórica movilidad a cualquiera de las

en cada caso estará obligada a comunicarle las vacantes de necesaria provisión ubicadas en la misma localidad o en las localidades que la interesada expresamente solicite"

⁸² El art. 17 de la LMRFP llevaba por título "Movilidad de funcionarios de las distintas Administraciones Públicas", y en su apartado primero decía: "*1. Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertas por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo.*"

Comunidades Autónomas y a la Administración General del Estado. La clave de ese modelo de movilidad estaba en que las Relaciones de Puestos de Trabajo de cada Administración contemplaran esa posibilidad.

El EBEP sigue con la línea voluntarista y dice que las diferentes Administraciones territoriales " establecerán medidas de movilidad interadministrativa" (art. 84.1), pero no contempla ninguna consecuencia ante el incumplimiento de este deber, por lo que difícilmente se puede vislumbrar un derecho a la movilidad interadministrativa. Tan sólo se apunta que las vías preferentes serán el "Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración". Y habilita a la Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas para " aprobar los criterios generales a tener en cuenta para llevar a cabo las homologaciones necesarias para hacer posible la movilidad" (art. 84.2 EBEP). Parece que lo sensato hubiera sido seguir las recomendaciones de la Comisión de Expertos y apostar por la creación de "un sistema de homologación de los grupos profesionales, clases y categorías de personal de las distintas Administraciones que facilite y garantice las posibilidades de movilidad" (p. 116), porque de otra manera la movilidad interadministrativa quedará en papel mojado.

Por último, en el remoto caso de que se produzca algún caso de movilidad interadministrativa los funcionarios de carrera que obtengan destino en otra Administración Pública "quedarán respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones Públicas" (art. 84.3 EBEP).⁸³ Y en el caso de que en la nueva Administración pierda el puesto de trabajo por cese o supresión deberá permanecer "en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración."

⁸³ Ver más adelante los comentarios al art. 88 EBEP sobre la situación de servicio en otras Administraciones Públicas.

4. LAS SITUACIONES ADMINISTRATIVAS⁸⁴

4.1 Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público

4.2. La situación de servicio activo

4.3. La situación de servicios especiales

4.3.1. Características

4.3.2. Supuestos

4.3.3. Efectos. Especial referencia al reintegro al servicio activo

4.4. La situación de servicio en otras Administraciones Públicas

4.5 Las diferentes modalidades de excedencia

4.5.1 Características

4.5.2 La excedencia voluntaria por interés particular

4.5.3 Excedencia voluntaria por agrupación familiar

4.5.4 Excedencia por cuidado de familiares

4.5.5 Excedencia por razón de violencia de género

4.6 Suspensión de funciones

4.6.1 La suspensión como sanción: la suspensión firme

4.6.2 La suspensión como medida cautelar: la suspensión provisional

4.7. El reintegro al servicio activo

4.1 Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público⁸⁵

Con independencia de su origen histórico⁸⁶ y de discusiones doctrinales⁸⁷, la pregunta que hoy en día puede ser más relevante para calibrar el alcance de la

⁸⁴ En el ámbito local habrá que entender modificado el art. 141 TRRL, en el que se enumeran las situaciones administrativas aplicables a los funcionarios locales.

⁸⁵ La Disposición Transitoria Primera del EBEP establece la garantía de derechos retributivos para el personal incluido (e n su ámbito "cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentren" (apartado 1) y si no se encuentran en servicio activo se le reconocerán los derechos económicos y complementos retributivos a partir del momento en que se produzca su reintegro (apartado 2)

⁸⁶ MARTÍNEZ DE PISÓN señala que el origen de las situaciones administrativas hay que buscarlo en los excesos de la política de cesantías. Ver su trabajo "El derecho al cargo de los funcionarios públicos en el

nueva reforma es la de ¿Qué papel le corresponde a las situaciones administrativas en este modelo básico de empleo público? Podemos decir que se acentúa el papel polivalente de esta compleja técnica, pues debe intentar armonizar una triple perspectiva: la organizativa, la individual y la social.

Desde la perspectiva organizativa las situaciones administrativas son un instrumento esencial para contribuir a hacer realidad el derecho de los ciudadanos a obtener una buena administración⁸⁸, permitiendo decidir a los responsables públicos sobre el adecuado aprovechamiento de las capacidades de las personas para la mejor prestación del servicio en cada momento, en función del vínculo jurídico y grado de disponibilidad del funcionario en concreto.

Desde la perspectiva individual las situaciones administrativas constituyen una doble garantía. Por un lado, para delimitar en cada momento el alcance de los derechos y obligaciones en función de la situación administrativa en que se encuentre cada funcionario, especialmente en los casos de situaciones que conllevan el derecho a la reserva de puesto . Por otro lado, las situaciones administrativas son una garantía para el mantenimiento de una relación jurídica permanente con la Administración Pública, aunque provisionalmente no se esté desempeñando ninguna función pública concreta.

Por último, desde la perspectiva social se espera que las situaciones administrativas como institución cumpla un triple objetivo. En primer lugar, contribuir a tener unas Administraciones Públicas en las que los servidores públicos pueden desempeñar imparcialmente sus funciones. En segundo lugar, ayudar a cubrir los niveles políticos, representativos y directivos de las principales instituciones y

Estatuto de 1918”, Anuario Jurídico Económico Escorialense, San Lorenzo del Escorial, 1991, pp. 103 y 104.

⁸⁷ Para explicar el funcionamiento de las situaciones administrativas se ha utilizado normalmente la distinción entre relación de servicio y relación orgánica que GARCÍA-TREVIJANO FOS toma de la doctrina italiana (DE VALLÉS, GIANNINI, ALESSI), porque permitía explicar que aunque no se esté desempeñando un puesto concreto (relación orgánica) no se rompe el vínculo con la Administración (relación de servicio) es cuestionada por SANTAMARÍA PASTOR . El nuevo Estatuto del Empleado Público ha optado por utilizar la expresión “relación de servicio” al regular la adquisición y pérdida de la condición de funcionario. Los términos de este debate se pueden consultar en GARCÍA-TREVIJANO FOS, Antonio: “Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos”, RAP, núm. 13, 1954 y en SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso: “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”, REDA, núms. 40-41, 1984.

3 La exposición de motivos del nuevo Estatuto del Empleo Público se hace eco de la importancia de este principio de *buena administración* cuando dice “ *las Administraciones y entidades públicas de todo tipo deben contar con los factores organizativos que les permitan satisfacer el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que se va consolidando en el espacio europeo, y contribuir al desarrollo económico y social. Entre esos factores el más importante es, sin duda, el personal al servicio de la Administración.*”

organizaciones públicas. Y en tercer lugar, asegurar que las especificidades de la relación funcionarial no son una fuente de privilegios ni de discriminación en relación con el sector privado, por lo que las situaciones administrativas deben reflejar en cada momento los valores predominantes en la sociedad (conciliación del trabajo con la vida familiar, apoyo a las víctimas de la violencia de género, etc.). Teniendo presente que el peso de estos objetivos no recae exclusivamente sobre las situaciones administrativas.

Teniendo como referente esta triple perspectiva podemos adentrarnos en el análisis de la nueva regulación y sus problemas de desarrollo y aplicación.

Uno de los analistas más lúcidos de las situaciones administrativas, MORILLO-VELARDE, nos recuerda que “El hecho de la versatilidad de la técnica de las situaciones no puede, sin embargo, hacernos pensar que estamos ante un aspecto neutro del régimen de la Función Pública, por encima de los condicionamientos políticos o de orientación de cada momento... El régimen de situaciones expresa, pues, las convicciones que informan el conjunto de la regulación de la Función Pública”.⁸⁹ Por ello parece conveniente identificar las principales líneas maestras de la nueva Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP) en cuanto a la regulación de las situaciones administrativas, para lo que resulta muy útil el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante CEBEP) presidida por el profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN.⁹⁰

En primer lugar, podemos decir que la regulación del EBEP es continuista. La explicación está en que desde la reforma de 1984 el legislador básico ha ido incorporando periódicamente una serie de cambios que hacen que hoy en día ningún sector defienda una reforma en profundidad en este tema, y teniendo en cuenta que se apuesta por consolidar el actual modelo híbrido de función pública, tan sólo hay un cambio relevante en la reducción del ámbito de la normativa básica o, visto desde la perspectiva de las Comunidades Autónomas, una ampliación del marco competencial autonómico.⁹¹

⁸⁹ Ibidem, p. 430

⁹⁰ Esta Comisión se constituye por Orden de 16 de septiembre de 2004 y finaliza su informe en abril de 2005, siendo publicado en ese mismo año por el INAP en el año 2005. Mi impresión personal es que casi siempre que el legislador se ha alejado de las propuestas del mismo se ha equivocado. En materia de situaciones administrativas prácticamente lo ha sido al pie de la letra.

⁹¹ Así se describe este continuismo en la Exposición de motivos del EBEP: “*En materia de situaciones administrativas, el nuevo texto legal simplifica y reordena la regulación actual, estableciendo un conjunto de reglas comunes para todos los funcionarios de carrera. Sin embargo, reconoce la posibilidad de que, por ley de las Comunidades Autónomas se puedan introducir supuestos distintos, conforme a sus*

En segundo lugar, se reduce a cinco el número de situaciones administrativas comunes: servicio activo, servicios especiales, servicio en otras Administraciones Públicas, excedencia y suspensión de funciones (art. 85.1 EBEP). Hay tres situaciones que dejan de tener carácter básico: excedencia forzosa, expectativa de destino y excedencia voluntaria incentivada; las tres tienen en común que responden al interés predominante de la Administración, pues normalmente tienen su origen en medidas organizativas que implican la supresión de puestos y el redimensionamiento de efectivos. Sin duda alguna, lo más llamativo es la desaparición de la clásica situación de excedencia forzosa, que suponemos deberá ser “revivida” por la normativa estatal y autonómica de desarrollo. Por último, hay dos situaciones administrativas, servicio en las Comunidades Autónomas y excedencia voluntaria por servicios en el sector público,⁹² que ahora se reconvierten en los dos únicos supuestos de la nueva situación de servicio en otras Administraciones Públicas.

En tercer lugar, otorga un amplio margen a la normativa de desarrollo. A partir de esos elementos comunes, se abre un importante ámbito de desarrollo normativo, tanto legal como reglamentario, en los siguientes aspectos:

- Crear nuevas situaciones. El legislador básico habilita a las Leyes de La Función Pública para crear nuevas situaciones en dos supuestos (art. 85 EBEP). El primer supuesto se da *“cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar la cesación en el servicio activo”*; aquí resulta evidente que se abre la puerta a las situaciones de expectativa de destino, excedencia forzosa, excedencia voluntaria incentivada, tal y como las conocemos desde la reforma del año 1993, lo que no deja de ser una oportunidad para aprender de algunos errores históricos (como vincularles a unos Planes de Empleo de tramitación prácticamente imposible). El segundo supuesto se produce *“cuando los funcionarios accedan, bien por promoción interna o por otros sistemas de acceso, a otros cuerpos o escalas y no les corresponda quedar en alguna de las situaciones previstas en este Estatuto, y cuando pasen a prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de*

necesidades”. Que sigue bastante fielmente las recomendaciones del Informe CEBEP (páginas 119 a 122).

⁹² Art. 15 del Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 3657/1995, de 10 de marzo.

carrera”; tal y como señala el Informe CEBEP⁹³, la finalidad de este supuesto es contribuir a facilitar la movilidad interna de las personas, yendo un poco más lejos que con la histórica excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público. Lógicamente, la clave estará en la regulación de los efectos de las nuevas situaciones administrativas.⁹⁴

- Concretar los supuestos de servicio activo. Esta es una función expresamente atribuida a la normativa de desarrollo (art. 86.1 EBEP) y que adquiere una especial relevancia para concretar el ámbito de esta situación, como veremos en el siguiente epígrafe.

- Añadir nuevos supuestos a la situación de servicios especiales y concretar la aplicación de los supuestos básicos (art. 87.4 EBEP).

- Regular subsidiariamente, en defecto de Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración, el proceso de reconocimiento en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas (art. 88.4 EBEP).

- Establecer períodos mínimos de servicios prestados y de permanencia en relación con la situación de excedencia voluntaria por interés particular (art. 89.2 EBEP).

- Ampliar el número de años de reserva de puesto en la situación de excedencia por cuidado de hijos (art. 89.4 EBEP).

- Proceder al desarrollo reglamentario del reingreso al servicio activo (art. 91).

⁹³ Ver p. 121 del Informe CEBEP.

⁹⁴ Tenemos un ejemplo claro en el caso de la regulación hasta ahora vigente de la situación de excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público, tal y como explica el Informe CEBEP: “Otra situación administrativa cuya regulación no se considera totalmente satisfactoria es la recogida en el vigente artículo 29.3 de la Ley 30/1984, relativa a la excedencia voluntaria por prestación de servicios en otros organismos o entidades del sector público o por encontrarse en servicio activo en otro cuerpo o escala diferente del de origen. Inicialmente, los efectos de esta situación administrativa no diferían de los de la excedencia voluntaria por interés particular y, por lo tanto, el tiempo de permanencia en aquella situación no era computable a efectos de ascensos, trienios y derechos pasivos (sin perjuicio del cómputo recíproco de períodos de cotización entre los diferentes regímenes de la Seguridad Social). Esa pérdida de los beneficios derivados de la condición de funcionario en activo, en cuanto a antigüedad, carrera y garantías de reingreso, ha venido constituyendo un obstáculo a la movilidad hacia estos organismos o entidades del sector público, que muchas veces se ven precisados por ello a acudir al mercado privado, cuando dentro de la propia Administración Pública de la que dependen o a la que están adscritos podrían encontrar personal especializado con las capacidades adecuadas.” (p. 124)

En cuarto y último lugar, se incentiva la aplicación de un mismo sistema para funcionarios y laborales (art. 92 EBEP), siguiendo las recomendación del Informe CEBEP.⁹⁵

4.2. La situación de servicio activo.

El servicio activo es la situación administrativa normal de los funcionarios de carrera,⁹⁶ cuando en ella confluyen el efectivo desempeño de un puesto y la plena titularidad de los derechos y deberes correspondientes. Y así lo reconoce el EBEP cuando dice que se hallarán en situación de servicio activo quienes “*presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados*” (art. 86.1) y “*gozan de todos los derechos inherentes a su condición de funcionarios y quedan sujetos a los deberes y responsabilidades derivados de la misma*” (art. 86.2).

Hasta aquí el continuismo con la tradicional regulación histórica, tanto del año 1954 como del 1964⁹⁷, dado que en la reforma de 1984 está situación no se reguló. El EBEP nos aporta dos novedades desde la perspectiva de la técnica legislativa. La primera novedad es que rompe con la tradición de enumerar los supuestos que abarca esta situación de servicio activo; una primera consecuencia de ello es que desaparece del marco legal básico cualquier referencia a la técnica de la comisión de servicios, pues el propio EBEP tampoco hace referencia alguna a ellas en materia de provisión de puestos ni de movilidad, por lo que habrá que estar a lo que establezcan las futuras leyes de desarrollo. Y la segunda es otorgarle carácter residual con relación a las demás situaciones (art. 86.1 EBEP); lo que seguramente sólo está justificado cuando el supuesto de hecho también puede dar lugar a la situación de servicios especiales.

⁹⁵ Ver pp. 118 y 199 del Informe CEBEP.

⁹⁶ Así es como la suele calificar la doctrina: “Normalmente, el funcionario desempeña el puesto de trabajo que le corresponde. Se dice entonces que se halla en *servicio activo*” (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 177) y “El servicio activo constituye la situación de normalidad en la prestación de servicios en la función pública.” (PALOMAR OLMEDA, Alberto: *Derecho de la función pública. Régimen Jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 328).

⁹⁷ SERRANO GUIRADO, Enrique: “La Ley de 15 de julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado”, *RAP*. Núm. 15, Madrid. 1954. Y MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio: “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos en la Ley de medidas para la reforma de la Función Pública”, *REDA*, núm. 48, 1985.

A la espera de lo que establezcan las futuras leyes de desarrollo del EBEP, podemos tomar como referencia el actual Reglamento estatal de situaciones administrativas (en adelante, RSA)⁹⁸, que es el que ha servido de referencia al mayoría de las leyes autonómicas de la función pública, para tratar de identificar que supuestos podemos incluir en la situación de servicio activo, e interpretarlo teniendo presentes las previsiones del EBEP. Veamos los supuestos del art. 3 RSA agrupados de la siguiente manera:

A) Regla general: desempeño efectivo de un puesto de funcionario con carácter permanente

Así lo expresa el RSA: " Cuando desempeñen un puesto que, conforme a la correspondiente relación de puestos de trabajo, esté adscrito a los funcionarios comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública" (art. 3.a). Este debe ser del supuesto más normal y no debe plantear problemas de interpretación, partiendo de las dos pautas que nos proporciona el EBEP: el ámbito abarca a cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que el funcionario se encuentren destinado (art. 86.1) y el desempeño efectivo de un puesto propio de funcionario de carrera debe ser de acuerdo lo establecido en las correspondiente relaciones de puestos de trabajo o instrumentos de ordenación de personal que las puedan sustituir (art. 74 EBEP).

B) Estar en comisión de servicios

Este es uno de los supuestos clásicos en los que el funcionario desempeña provisionalmente, y de manera voluntaria o forzosa, sus funciones en otro puesto. Como ya hemos dicho, la comisión de servicios no aparece en el nuevo EBEP, pero es previsible que la legislación de desarrollo la contemple como un supuesto de servicio activo, tal y como hacía la Ley de 1964 (arts. 41.1.c y d y 61) y actualmente recoge el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del

⁹⁸ Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

Estado. (En adelante RGI)⁹⁹. Su naturaleza de sistema de provisión de puestos ha hecho que las CCAA hayan decidido regular los casos en que se puede utilizar, aunque no siempre coincidente con la regulación reglamentaria estatal. El actual RGI contempla cuatro modalidades de comisión de servicios: en supuestos de urgente e inaplazable necesidad (ya sea forma voluntaria para cubrir una vacante o de manera forzosa cuando un concurso quede desierto), para misiones de cooperación internacional¹⁰⁰ o para la atribución temporal de funciones.¹⁰¹

C) Desempeñar determinados cargos electos no retribuidos y se opte por continuar en la situación de servicio activo

Los supuestos que contempla el RSA en relación con los miembros de las Asambleas Legislativas de las CCAA y de las Corporaciones Locales pueden considerarse ratificados por el EBEP (art. 87.1.e y f), pues de la regulación que hace de la situación de servicios especiales se desprende que se mantiene la actual posibilidad de optar por continuar en servicio activo¹⁰².

D) Desempeñar puestos de personal eventual y se opte por continuar en la situación de servicio activo

Este es un supuesto que se puede admitir con carácter general tras la nueva regulación de la posibilidad de opción para el personal eventual entre la situación de servicio activo y la de servicios especiales (art. 87.1.j EBEP).¹⁰³

⁹⁹ Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

¹⁰⁰ Si la misión de cooperación internacional tiene una duración superior a seis meses entonces el funcionario pasará a la situación de servicios especiales (art. 87.1b EBEP).

¹⁰¹ Artículos 64, 65 y 66 RGIPP.

¹⁰² Así lo contempla el RSA: “*Cuando accedan a la condición de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y, no percibiendo retribuciones periódicas por el desempeño de la función, opten por permanecer en esta situación, conforme al artículo 29.2.g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto*” (art. 3.f) y “*Cuando accedan a la condición de miembros de las Corporaciones Locales, conforme al régimen previsto por el artículo 74 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, salvo que desempeñen cargo retribuido y de dedicación exclusiva en las mismas.*” (art. 3.g).

¹⁰³ A partir de ahora debe entenderse derogado el art. 3.d RSA que contiene esta regulación: “*Cuando presten servicios en puestos de trabajo de niveles incluidos en el intervalo correspondiente a su Cuerpo o Escala en los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de los Ministros o de los Secretarios de Estado, y opten por permanecer en esta situación, conforme al artículo 29.2.i) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. Asimismo, cuando presten servicios en puestos de niveles comprendidos en el intervalo correspondiente al Grupo en el que figure clasificado su Cuerpo o Escala en Gabinetes de Delegados del Gobierno o Gobernadores Civiles*”.

E) Cuando presten servicios en las Cortes Generales o en el Tribunal de Cuentas y órganos asimilados de las Comunidades Autónomas

Esta es una previsión hasta hoy recogida de manera expresa por lo que se refiere a las Cortes Generales y al Tribunal de Cuentas (art. 29.2 LMRFP) y que entendemos puede hacer extensible a los órganos asimilados de las Comunidades Autónomas en la medida en que así se establezca en la correspondiente normativa de desarrollo, tal y como defendemos en relación con supuestos equivalentes en la situación de servicios especiales (art. 87.1.d EBEP).

F) Cuando se esté a disposición de la autoridad competente por haber cesado en el puesto de trabajo¹⁰⁴

La causa del cese puede ser discrecional en los supuestos de libre designación (art. 80.4 EBEP) y motivada en no haber superado la correspondiente evaluación en los puestos obtenidos por concurso (art. 16.4 EBEP). Además, podemos considerar en vigor las previsiones de remoción por alteración del contenido o supresión del puesto obtenido por concurso (art. 20.1.e LMRFP),¹⁰⁵ mientras las leyes de desarrollo no establezcan otra cosa (art. 78.3 EBEP).

G) Otros supuestos residuales

En la actualidad están en vigor otros supuestos que responden a criterios muy heterogéneos. Así, se considera que el funcionario está en situación de servicio activo durante el plazo posesorio que transcurre entre el cese en un puesto de trabajo y la toma de posesión en el nuevo puesto obtenido mediante el correspondiente procedimiento de provisión de puestos (art. 3.i RSA). O cuando

¹⁰⁴ Esta previsión forma parte de lo que la LMRFP contempla como una “garantía del nivel del puesto” y así lo regula en su art. 21.2.b):” *Los funcionarios que cesen en un puesto de trabajo, sin obtener otro por los sistemas previstos en el artículo anterior, quedarán a disposición del Subsecretario, Director del Organismo, Delegado del Gobierno o Subdelegado del Gobierno u órganos análogos de las demás Administraciones, que les atribuirán el desempeño provisional de un puesto correspondiente a su Cuerpo o Escala.*

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, quienes cesen por alteración del contenido o supresión de sus puestos en las relaciones de puestos de trabajo, continuarán percibiendo, en tanto se les atribuye otro puesto, y durante un plazo máximo de tres meses, las retribuciones complementarias correspondientes al puesto suprimido o cuyo contenido haya sido alterado”

¹⁰⁵ Estos son los supuestos de remoción establecidos en el art. 20.1.e LMRFP: “*Los funcionarios que accedan a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso, podrán ser removidos por causas sobrevenidas derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo, realizada a través de las relaciones de puestos de trabajo, que modifique los supuestos que sirvieron de base a la convocatoria, o de una falta de capacidad para su desempeño manifestada por rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que impida realizar con eficacia las funciones atribuidas al puesto. La remoción se efectuará previo expediente contradictorio mediante resolución motivada del órgano que realizó el nombramiento, oída la Junta de Personal correspondiente”.*

presten servicios en Organismos o Entes públicos por razón de su condición de funcionario exigida por disposición legal (art. 3.k RSA). Y también se considera en servicio activo el funcionario que está en las dos primeras fases del proceso de reasignación de efectivos,¹⁰⁶ que en la LMRFP podía acabar desembocando en tres situaciones que el EBEP ya no contempla como básicas (excedencia forzosa, expectativa de destino y excedencia incentivada), pero que las leyes desarrollo las podrán decidir si las mantienen en los actuales términos o en otros (85.2.a EBEP). Por último, sigue en vigor un supuesto que se introdujo como novedad en el año 1993 y que parece no haber tenido mucha aplicación, el cese progresivo de actividades.¹⁰⁷

4.3. La situación de servicios especiales.

4.3.1. Características

La situación de servicios especiales, creada por la reforma del año 1984, ha ido evolucionando en la línea de ampliar la cobertura de supuestos que “por razones de interés público” se concentran mayoritariamente en dos ámbitos. El primero ámbito es el de los supuestos que posibilitan y favorecen el desempeño de actividades políticas en un sentido muy amplio, pues abarcan a los tres poderes clásicos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), además de diferentes órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo) y autonómicos asimilables, y se dan en todos los niveles territoriales. El segundo ámbito es el de

¹⁰⁶ Recordemos que la figura de la reasignación de efectivos se introduce en el año 1993, junto con lo Planes de empleo, y el art. 20.1 LMRFP regula así las dos primeras fases de la reasignación: *1. La reasignación de efectivos la efectuará el Ministerio donde estuviera destinado el funcionario, en el ámbito del mismo y de los Organismos adscritos, en el plazo máximo de seis meses contados a partir de la supresión del puesto. Tendrá carácter obligatorio para puestos en el mismo municipio y voluntario para puestos que radiquen en distinto municipio, que serán en ambos casos de similares características, funciones y retribuciones. Durante esta fase se percibirán las retribuciones del puesto de trabajo que se desempeñaba. 2. Si en la fase de reasignación ministerial los funcionarios no obtienen puesto en el Ministerio donde estuvieran destinados, podrán ser reasignados por el Ministerio de Administraciones Públicas, en el plazo máximo de tres meses, a puestos de otros Ministerios y sus Organismos adscritos, en las condiciones anteriores, percibiendo durante esta segunda fase las retribuciones del puesto de trabajo que desempeñaban. Durante las dos fases citadas podrán encomendarse a los funcionarios afectados tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.* “

¹⁰⁷ Según el art. 30.4 LMRFP: *“Los funcionarios a quienes falten menos de cinco años para cumplir la edad de jubilación forzosa, establecida en el artículo 33 de esta Ley, podrán obtener, a su solicitud la reducción de su jornada de trabajo hasta un medio, con la reducción de retribuciones que se determine reglamentariamente, siempre que las necesidades del servicio lo permitan. Dicha reducción de jornada podrá ser solicitada y obtenida, de manera temporal, por aquellos funcionarios que la precisen en procesos de recuperación por razón de enfermedad, siempre que las necesidades del servicio lo permitan”*

los supuestos de perfil más profesional, donde queda en segundo plano o desaparece el carácter representativo y sigue teniendo peso el factor de la confianza. Y quedan como residuales los supuestos relacionados con el ámbito internacional y las fuerzas armadas. La verdad es que la evolución de esta situación administrativa es un reflejo de los cambios y de la complejidad que ha ido adquiriendo el sector público desde la vigencia de la Constitución de 1978 así como de los problemas pendiente de resolución (por ejemplo, la relaciones entre política y Administración y el desarrollo de un modelo emergente de función directiva profesionalizada).¹⁰⁸

La regulación del artículo 87 EBEP es claramente continuista en relación con mayoría de los supuestos vigentes y lo más novedoso está en la regulación de lo que tradicionalmente ha sido el efecto más favorable de esta situación: la reserva del puesto en el Cuerpo o Escala de origen para aquellos provienen de la situación de servicio activo.

4.3.2. Supuestos

A) Miembros de órganos de gobierno y altos cargos y asimilados

Este es un supuesto clásico relativo al máximo nivel político, en el que la identificación de los órganos de gobierno en los diferentes ámbitos (estatal, autonómico, además de las ciudades Ceuta y Melilla) no plantea problemas interpretativos. La novedad está en la ampliación de este supuesto a “miembros de los órganos de gobierno de las Instituciones de la Unión Europea o de las Organizaciones Internacionales” (art. 87.1.a EBEP).

Mayor complejidad presenta lo que deba entenderse con carácter general por “altos cargos”¹⁰⁹, porque ahora hay un cambio de técnica legislativa al optarse por un sistema de remisión a la correspondiente normativa y evitar reiteraciones

¹⁰⁸ El Informe CEBEP explica así esta evolución y advierte sobre el peligro de desnaturalizar esta situación administrativa: “La situación de servicios especiales ha tenido tradicionalmente su causa en el ejercicio de cargos públicos de naturaleza o confianza política, bien sean de carácter electivo o por designación, y en el desempeño de puestos relevantes en organismos internacionales y órganos constitucionales. La especial entidad de estos cargos, así como su índole temporal, recomiendan dotar a los interesados de la garantía de poder reintegrarse al término de su mandato o ejercicio a su puesto, plaza o destino de origen, sin merma alguna de sus derechos. Pero, con el tiempo, la aplicación de esta figura se ha ido extendiendo a numerosos supuestos distintos de los originarios, ya se trate de puestos directivos o inclusive de todos los funcionarios de algunos organismos o entidades públicos, produciéndose una cierta desnaturalización de la misma” (p. 123).

¹⁰⁹ Sobre el concepto de alto cargo y su relación con la función directiva, ver el lúcido análisis de JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael en : *Los directivos públicos*, IVAP, Oñate, 2006.

innecesarias. Hoy en día es un concepto asentado en la Administración General del Estado, donde los altos cargos se identifican con los titulares de los órganos superiores (Ministros y Secretarios de Estado) y con los órganos directivos, excepto los Subdirectores generales y asimilados (Subsecretarios y Secretarios generales, Secretarios generales técnicos y Directores Generales)¹¹⁰. Pero no sucede lo mismo en todas las Comunidades Autónomas y en las Instituciones de la Unión Europea o de las Organizaciones Internacionales.

El tema se complica todavía más cuando se nos habla de puestos o cargos que estén *asimilados* en su rango administrativo a altos cargos desempeñados “*en Organismos Públicos o entidades, dependientes o vinculados a las Administraciones Públicas*” (art. 87.1.c EBEP). Entendemos que aquí se utiliza un concepto amplio del sector público, en coherencia que lo establecido en el propio ámbito del EBEP, por lo que también debe incluirse las Agencias (art. 2); pero para identificare esos puestos asimilados a altos cargos hemos de estar lo que en cada caso establezca la correspondiente Administración Pública. Aunque en el caso de la Administración General del Estado también podemos encontrar una interpretación amplia de “alto cargo y asimilado” 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.¹¹¹

¹¹⁰ Art. 6.5 LOFAGE

¹¹¹ En su art. 3.2 establece que :

“ A los efectos de esta Ley se consideran como altos cargos:

a) Los miembros del Gobierno. b) Los secretarios de estado .c) Los subsecretarios y asimilados; los secretarios generales; los delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas, en Ceuta y Melilla; los delegados del Gobierno en entidades de derecho público; y los jefes de misión diplomática permanente; así como los jefes de representación permanente ante organizaciones internacionales. d) Los directores generales de la Administración General del Estado y asimilados. e) El director general del Ente Público Radiotelevisión Española; los presidentes, los directores generales, los directores ejecutivos y asimilados en entidades de derecho público del sector público estatal vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado, cuyo nombramiento se efectúe por decisión del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno y, en todo caso, los presidentes y directores con rango de director general de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. f) El presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y los vocales del mismo. g) El presidente y los directores generales del Instituto de Crédito Oficial. h) Los presidentes y consejeros delegados de las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación estatal, o que sin llegar a ser mayoritaria, la posición de la Administración General del Estado sea dominante en el consejo de administración, cuando sean designados previo acuerdo del Consejo de Ministros o por sus propios órganos de gobierno. i) Los miembros de los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno y de las Vicepresidencias nombrados por el Consejo de Ministros y los directores de los Gabinetes de los Ministros. j) Los presidentes, los directores y gerentes de las fundaciones públicas estatales siempre que perciban retribuciones por el desempeño de estos cargos, así como los titulares de aquellos otros órganos a los que sus Estatutos les atribuyan tal condición k) El presidente y los vocales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de la

El modelo de “órganos superiores y directivos” establecido en la LOFAGE se había exportado al ámbito local en el año 2003¹¹², lo que ha posibilitado la consiguiente equiparación con los altos cargos a la hora de reconocerles el derecho a disfrutar de la situación de servicios especiales; además, también se mantiene otro supuesto introducido por la pretendida ley modernizadora: podrán acogerse a la situación de servicios especiales aquellos funcionarios que desempeñen responsabilidades de miembros de los órganos locales para el conocimiento y la resolución de las reclamaciones económico-administrativas (art. 87.1.f EBEP).

El tema que queda pendiente de resolver es el relativo al personal directivo, que en el debate final en el Congreso de los Diputados desaparece de la clasificación de empleados públicos y, lo que es relevante a nuestros efectos, también desaparece la situación administrativa de “personal directivo”. Habrá que esperar al futuro desarrollo normativo, tanto estatal como autonómico, que en relación con la posible situación administrativa del personal directivo necesitará estar regulado por ley o hacer una remisión a una norma con rango de ley en el caso de que la regulación general de este personal se haga por norma reglamentaria, tal y como posibilita la redacción final del art. 13 EBEP . Todo apunta a que al personal directivo se le equiparará a los altos cargos a efectos de la situación de servicios especiales.

B) Cargos electos

La legitimidad electoral para acceder a la situación de servicios especiales juega de manera diferente según el nivel territorial del órgano representativo. Así, los

Comisión Nacional de Energía, el presidente, los consejeros y el Secretario General del Consejo de Seguridad Nuclear, así como el presidente y los miembros de los órganos rectores de cualquier otro organismo regulador y de supervisión .l) Los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión .m) Asimismo, los titulares de cualquier otro puesto de trabajo de la Administración General del Estado, cualquiera que sea su denominación, cuyo nombramiento se efectúe por el Consejo de Ministros.

¹¹² Ley 57/2003, de 16 de diciembre, en su artículo 130, establece la siguiente estructura de Órganos superiores y directivos:

A) Órganos superiores: El Alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local.

B) Órganos directivos: Los coordinadores generales de cada área o concejalía, los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías, el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma, el titular de la asesoría jurídica, el Secretario general del Pleno, el interventor general municipal; en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria. Y tendrán también la consideración de órganos directivos, los titulares de los máximos órganos de dirección de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales.

funcionarios que sean elegidos Diputados o Senadores de las Cortes Generales podrán acogerse automáticamente a la excedencia especial; mientras que los elegidos miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas podrán acogerse a la excedencia especial si perciben retribuciones periódicas por la realización de la función (art. 87.1. e EBEP). Mientras que en el ámbito local -y en las ciudades de Ceuta y Melilla-, además de que el cargo electivo sea retribuido se debe desempeñar con dedicación exclusiva (art. 87.1.f EBEP). Paradójicamente, ha desaparecido la referencia a ser elegido miembro del Parlamento Europeo¹¹³

C) Desempeño de funciones en órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas.

Aquí encontramos tres supuestos diferenciados que tienen en común el que los funcionarios desempeñan sus funciones técnicas y/o representativas en órganos constitucionales o estatutarios.

En el primer supuesto (art. 87.1.d) aparecen identificados tres órganos constitucionales concretos: el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. En este supuesto prima claramente el criterio del perfil profesional o técnico, pues los funcionarios están “adscritos a los servicios” de estos órganos constitucionales y sus funciones son claramente técnicas. Llama la atención que haya desaparecido la referencia al Consejo General del Poder Judicial que, aunque no aparecía en la LMRFP (art. 29.2.e), si estaba en el RSA (art. 4.e); si bien es cierto que ello en la práctica no tendrá repercusiones, porque en la vigente redacción de la Ley Orgánica del Poder Judicial se contempla esta posibilidad¹¹⁴. Desde el punto de vista competencial, parece que lo coherente hubiera sido incluir una referencia a que el mismo trato corresponde a los funcionarios adscritos a órganos asimilados de las Comunidades Autónomas, como se hace en los dos siguientes supuestos.

El segundo supuesto se centra en los órganos de gobierno del Poder Judicial: ser designado para formar parte del Consejo General del Poder Judicial o de los Consejos de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 87.1.g). El hecho de “ser designado para formar parte” refleja la función de representación de la persona

¹¹³ Artículo 3.l) RSA.

¹¹⁴ El artículo 146.2 de la LOPJ establece que los funcionarios que hayan obtenido los puestos de nivel superior en los órganos técnicos del Consejo General del Poder Judicial quedarán en situación de servicios especiales en su Administración de origen, pudiendo prorrogarse anualmente el nombramiento, realizado previo concurso de méritos, que inicialmente es por un período de dos años hasta un máximo de diez .

designada, quedando en segundo término el “mérito profesional”, que aparece normalmente como una condición necesaria.

En el tercer supuesto (art. 87.1.h EBEP) la clave de la legitimación está en la naturaleza de los órganos que eligen o designan a los funcionarios: son órganos que personifican el poder legislativo (Congreso de los Diputados, Senado o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas). Y la elección o designación que corresponde a estos órganos legislativos es para formar parte de órganos constitucionales o estatutarios de las Comunidades Autónomas.

D) Personal eventual y asesores parlamentarios

La nueva regulación opta por generalizar una posibilidad que hasta ahora estaba limitada, en el ámbito de la Administración General del Estado, a los miembros de los Gabinetes de Presidencia, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Ahora esa opción corresponde a cualquier funcionario que sea designado como personal eventual (que también puede decidir permanecer en la situación de servicio activo); pero este apartado introduce un matiz a la hora de identificar el personal eventual que difiere de la previa definición que el propio EBEP ha establecido en su artículo 12.1, donde se habla de confianza o asesoramiento “especial” mientras que en el art. 87.1.i) se sustituye especial por “político”.

Además, se da carta de naturaleza al papel de los asesores de los grupos parlamentarios de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (art. 87.1.k EBEP), lo que sin duda contribuye a regularizar un asesoramiento “técnico-político” en relación con la actividad legislativa que es perfectamente asimilable al papel del personal eventual en la actividad del poder Ejecutivo, tanto estatal como autonómico. Por ello parece que lo coherente hubiera sido ampliar esa cobertura a los asesores de los grupos municipales, que también ostentan una legitimación directa en la elección de sus miembros.

E) Desempeño temporal de misiones internacionales y adquisición de la condición de funcionario al servicio de organizaciones internacionales

Estos dos supuestos relacionados con el desempeño de funciones fuera de España se mantienen idénticos. El primer supuesto (art. 87.1.b) aparece claramente acotado en el tiempo: cuando sean autorizados para realizar una misión por periodo determinado superior a seis meses en Organismos Internacionales, Gobiernos o Entidades Públicas extranjeras o en programas de cooperación internacional; por

debajo de los seis meses hay que entender que el funcionario conserva la condición de servicio activo, pues es uno de los tradicionales supuestos de comisión de servicios (art. 65 RSA). Mientras que el segundo supuesto (art. 87.1.j) tiene carácter indefinido: cuando se adquiriera la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales¹¹⁵

F) Para prestar servicios en las Fuerzas armadas

Tras la supresión del servicio militar obligatorio, este es el supuesto que posibilita pasar a la situación de servicios especiales cuando el funcionario sea activado como reservistas voluntarios para prestar servicios en las Fuerzas armadas (art. 87.1.l).

4.3.3. Efectos. Especial referencia al reingreso al servicio activo

La situación de servicios especiales es tradicionalmente considerada de privilegio, pues conlleva los siguientes efectos para sus titulares (art. 87.2 EBEP):

a) *En relación con las retribuciones.* Percibirán las del puesto o cargo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera. Pero en relación con el anterior puesto conservan el derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento. Se mantiene así el mismo régimen que el establecido en la LMRFP.¹¹⁶

b) *En relación con el tiempo.* El tiempo que permanezcan en tal situación se les computará a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y

¹¹⁵ La anterior regulación añadía el término “o de carácter supranacional” (art. 20.2º.b LMRFP).

¹¹⁶ En relación con el pago de los trienios el artículo 29 LMRFP se complementaba en su aplicación por lo dispuesto en el art. 8.1 RSA: “1. Los funcionarios en la situación de servicios especiales recibirán la retribución del puesto o cargo efectivo que desempeñen y no la que les corresponda como funcionarios. Excepcionalmente, y cuando las retribuciones por los trienios que tuviesen reconocidos no pudieran, por causa legal, ser percibidas con cargo a los correspondientes presupuestos, deberán ser retribuidos en tal concepto por el Departamento en el que desempeñaban su último puesto de trabajo en situación de servicio activo. Asimismo, de darse estas circunstancias, respecto al abono de la cuota de Seguridad Social, deberá ser efectuado dicho abono por el referido Departamento.”

derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.¹¹⁷ Aquí habría sido más acertado incluir la nueva terminología del propio EBEP y hablar del efecto del tiempo en relación con la “carrera profesional” (capítulo II DEL Título III), por la misma razón lógica por la que se ha decidido no hacer la referencia a los efectos del cómputo de este tiempo para la consolidación del grado. Y tampoco parece redundante que este tiempo deba computarse a efectos del período mínimo de servicios efectivos para solicitar el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular.¹¹⁸

c) *En relación con el reingreso al servicio activo.* Tal y como ya comentamos anteriormente, una de las principales características de la situación de servicios especiales es que normalmente conlleva el derecho de reserva de puesto cuando se proviene de una situación de servicio activo. La nueva regulación se aparta de la fórmula acuñada en LMRFP (“reserva de plaza y destino que ocupasen”) y enmarca esa reserva en el derecho al reingreso activo (art. 87.3 EBEP)¹¹⁹ estableciendo una triple distinción:

- Un mínimo común del contenido del derecho de reingreso: derecho a reingresar al servicio activo en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan.
- La posibilidad de que cada Administración Pública pueda ampliar ese mínimo común estableciendo los derechos que crea adecuados en función del cargo que haya originado el pase a la situación de servicios especiales.
- Una garantía especial para determinados funcionarios (los que hayan sido nombrados altos cargos, miembros del Poder Judicial o de otros órganos constitucionales o estatutarios o hayan sido elegidos Alcaldes, retribuidos y con dedicación exclusiva, Presidentes de Diputaciones o de Cabildos o Consejos Insulares, Diputados o Senadores de las Cortes Generales y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas). Esa garantía se concreta

¹¹⁷ Pero el propio artículo 87.2 EBEP contempla una excepción: este tiempo no será de aplicación a los funcionarios públicos que, habiendo ingresado al servicio de las instituciones Comunitarias Europeas, o al de Entidades y Organismos asimilados, ejerciten el derecho de transferencia establecido en el estatuto de los Funcionarios de las Comunidades Europeas.

¹¹⁸ Artículo 8.2 RSA

¹¹⁹ La aplicación de este art. 87.3 al personal incluido en el art. 4 EBEP está condicionada a que “*dicha aplicación resulte compatible con lo establecido en su legislación específica.*” (Disposición Adicional undécima EBEP)

en un mínimo: estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública. A partir de este mínimo, las Administraciones Públicas “velarán” para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de esos funcionarios. Se consolida de esta manera, y ahora con carácter básico, una controvertida opción del legislador estatal adoptada en el año 1990¹²⁰, y convalidada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/2000¹²¹. La controversia originaria deriva de su impacto en la carrera administrativa para quienes hubieran ocupado cargos claramente de confianza política; pues la principal consecuencia era que a la vuelta a su puesto de funcionario se le garantizaba el pago de un complemento de destino equivalente al de Director General, lo que en la práctica suponía la convivencia de tres “velocidades de carrera”. Carrera profesional de velocidad “lenta”, basada exclusivamente en mérito (cuyo techo era el nivel de los puestos cubiertos por concurso-normalmente hasta el nivel 26); carrera de velocidad “rápida”, en la que se combina mérito y confianza (permite alcanzar los puestos de libre designación, hasta el nivel 30); y la carrera basada exclusivamente en la confianza (puestos asimilados a Altos Cargos – el conocido en la jerga funcional como “nivel 33”), con el agravante de que esta última modalidad se podía alcanzar a una velocidad meteórica (por el desempeño del puesto durante más de dos años continuados o tres con interrupción en cargos políticos). La diferencia es que ahora se abre la puerta a diferentes modalidades de carrera (arts. 16 y 17 EBEP) y habrá que ver como se desarrolla esta previsión.

4.4. La situación de servicio en otras Administraciones Públicas.

El reconocimiento formal de esta situación por el EBEP, cuyo antecedente es la situación de servicios en las CCAA, no hace más que regularizar con carácter básico lo que ya estaba en la propia legislación de las Comunidades Autónomas y

¹²⁰ El artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, establece que: “Los funcionarios de carrera que durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo, y mientras se mantengan en esta situación, el complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado”. Esta fórmula ha sido copiada, y en algunos casos ampliada, por las leyes autonómicas.

¹²¹ Un análisis crítico de esta sentencia lo encontramos en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael: “La carrera (político) funcional o el retorno de la figura del “cesante” (Algunas consideraciones críticas sobre la STC 32/2000), ARANZADI núm.

en la legislación de régimen local¹²², y que tiene su origen en la controvertida Ley del Proceso Autonómico del año 1983¹²³

El artículo 88 del EBEP mantiene la distinción de dos supuestos para ser declarado en situación de servicios en otras Administraciones Públicas: los funcionarios transferidos a las CCAA y los que obtengan destino en una Administración Pública distinta (estatal, autonómica o local)¹²⁴ por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo previsto en el propio EBEP. Este segundo supuesto viene a “absorber” uno de los dos supuestos de la ahora suprimida excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público (concretamente el supuesto relativo a los funcionarios que se encuentre en servicio activo en otro Cuerpo o Escala de cualquiera de las Administraciones Públicas), otorgándoles ahora una mayor protección al funcionario en la línea de la propuesta defendida en el Informe CEBEP.¹²⁵

Los efectos de esta situación respecto de los funcionarios transferidos a las Comunidades Autónomas son que (art. 88.2 EBEP):

- se integran plenamente en la organización de la Función Pública de las mismas, hallándose en la situación de servicio activo en la Función Pública de la Comunidad Autónoma en la que se integran. Esta integración implica que respetarán el Grupo o Subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocido.

- en la Administración de origen mantienen todos sus derechos como si se hallaran en servicio activo.

- tienen la consideración de funcionarios propios de la CA en la que desempeñan sus funciones, lo que implica que tienen garantizada la igualdad con el resto de funcionarios propios de la CA.

Los *efectos* de esta situación en relación con los funcionarios que se encuentren en dicha situación por haber obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión son que (art. 88.3 EBEP):

¹²² El art. 140.1b) del TRRL

¹²³ El artículo 25 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico y el artículo 12 LMRFP regulaban la situación de los funcionarios transferidos.

¹²⁴ Las disposiciones adicionales Primera y Segunda del RSA contemplan estos supuestos de movilidad entre los tres niveles territoriales.

¹²⁵ Informe CEBEP, p. 124

- se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva.
- conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta.
- el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará cómo de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.
- en el caso de cese o supresión del puesto de trabajo en la Administración de origen deberán permanecer en la Administración de destino, que deberá asignarles un puesto de trabajo conforme a los sistemas de carrera y provisión de puestos vigentes en dicha Administración. (art. 84.3 EBEP).

En la regulación del EBEP han desaparecido las limitaciones que tenían tanto la Administración de Comunidad Autónoma como la del Estado para imponer la separación de servicio a los funcionarios transferidos o que han obtenido un puesto de trabajo mediante los sistemas de provisión.¹²⁶

En caso de que reingresen al servicio activo en la Administración de origen obtendrán el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la posición retributiva. Este reconocimiento deberá hacerse normalmente a través de los instrumentos de movilidad interadministrativa que contempla el propio EBEP (art. 84); si no existen tales instrumentos, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso.

4.5. Las diferentes modalidades de excedencia.

4.5.1 Características

¹²⁶ En el caso de los funcionarios transferidos la CA sólo podía imponer la sanción de separación del servicio previo informe del Consejo de Estado (art. 25.1 Ley del Proceso Autonómico y art. 10.2 RSA). y en el caso de los otros funcionarios del Estado que hubieran obtenido destino en las CCAA la decisión de separación le correspondía al Ministro del Departamento al que estuviese adscrito el Cuerpo o Escala, aunque la incoación del expediente disciplinario le correspondía a la Administración de la Comunidad Autónoma de destino (art. 11 RSA)

La excedencia es posiblemente la situación administrativa que más cambios ha sufrido en este período democrático. Tradicionalmente la situación de excedencia respondía al interés particular del funcionario, que decidía voluntariamente suspender el desempeño de su puesto, y por ello constituía el reverso de la situación de servicio activo, lo que tenía como consecuencia que fuera la situación que menos efectos favorables tenía para el funcionario. Sin embargo, desde la reforma del año 1984 los dos elementos identificadores, interés particular y voluntariedad, en algunos casos han ido diluyéndose, incluso hasta llega a desaparecer. Un ejemplo, la voluntariedad no se da en los casos en los que el pase a la situación de “excedencia por interés particular” es obligada, llegando a encubrir en determinados casos una pseudo-sanción (cuando no se solicita en reingreso al servicio activo en el plazo previsto tras haber finalizado la causa que determinó el pase a una situación diferente de la de servicio activo -89.2 EBEP). Otro ejemplo, el interés particular se combinaba con el interés público en los supuestos de excedencia voluntaria por servicios en el sector público (desde la regulación del año 1954) o de excedencia voluntaria incentivada (desde la regulación de 1993); ambos supuestos han desaparecido en la nueva regulación del EBEP, como ya hemos explicado anteriormente.¹²⁷

El EBEP recoge cuatro modalidades de excedencia que se diferencian en su motivación, en los requisitos para ejercerlas, en los límites y en sus efectos.

4.5.2 La excedencia voluntaria por interés particular.

Esta es la modalidad que ha sufrido menos variaciones desde su regulación con carácter general en el año 1954. Habría sido un buen momento para que la nueva regulación corrigiera la denominación y suprimiera el adjetivo de “voluntaria”¹²⁸, pues también incluye supuestos “obligatorios”, que son declarados de oficio(art. 89.2 EBEP)

¹²⁷ La mayoría de los supuestos de la excedencia voluntaria por servicios en el sector público ha pasado a la nueva situación de servicios en otras Administraciones Públicas (art. 88 EBEP). Y la decisión de “recuperar” la situación de excedencia voluntaria incentivada y otros supuestos no “absorbidos” por la situación de servicios en otras Administraciones Públicas dependerá de la voluntad de los legisladores que desarrollen el propio EBEP (art. 85.2)

¹²⁸ Desde su regulación general en la Ley de 15 de julio de 1954 sobre situaciones de los funcionarios de la Administración Civil del Estado, la excedencia voluntaria ha convivido con la situación de excedencia forzosa, pero esta ahora desaparece del EBEP y su “renacimiento” dependerá de las futuras leyes de desarrollo; aunque todo apunta a que con esa u otra denominación el legislador estatal y los legisladores autonómicos la regularan.

Los *requisitos* para la declaración de esta situación administrativa a instancias del interesado son tres:

- Haber prestado servicios efectivos en cualquiera de las Administraciones Públicas durante un periodo mínimo de cinco años inmediatamente anteriores; pero este período puede ser de una duración menor si así se establece en las Leyes de Función Pública - No estar sometido a la instrucción de expediente disciplinario.
- Que lo permitan las necesidades del servicio. La denegación debe ser motivada.

Procederá la declaración de oficio de esta situación cuando se incumpla la obligación de solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo en que se determine reglamentariamente, una vez finalizada la causa que determinó el pase a una situación distinta a la de servicio activo

Respecto de los límites, el EBEP se remite a las leyes de la Función Pública de desarrollo, que “determinarán” los periodos mínimos de permanencia en la misma; pero nada se dice de los plazos máximos, suprimidos hace ya en el lejano año de 1996.

Los *efectos* de la excedencia voluntaria por interés particular se contraponen a los de la situación de servicio activo, pues no devengarán retribuciones y no les será computable el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, trienios y derechos en el régimen de Seguridad Social que les sea de aplicación.

4.5.3 Excedencia voluntaria por agrupación familiar

Esta modalidad de excedencia se introduce con las reformas del año 1993¹²⁹ y el EBEP amplía su ámbito y suprime los límites de permanencia mínimos (hasta ahora dos años) y máximos (quince años).

Este es el *único requisito* exigible: que el cónyuge resida en otra localidad por haber obtenido y estar desempeñando un puesto de trabajo de carácter definitivo como funcionario de carrera o como laboral fijo en cualquiera de las Administraciones Públicas, Organismos públicos y Entidades de Derecho público dependientes o vinculados a ellas, en los Órganos Constitucionales o del Poder Judicial y Órganos

¹²⁹ Ley 22/1993, de 29 de diciembre, que modifica el art. 29.3.d) de la LMRFP

similares de las Comunidades Autónomas, así como en la Unión Europea o en Organizaciones Internacionales.

Los *efectos* de esta excedencia son los mismos que en la situación de excedencia por interés particular.

4.5.4 Excedencia por cuidado de familiares

La regulación de esta modalidad de excedencia se ha ido ampliando con el paso del tiempo en la misma medida que ha ido evolucionando y consolidándose la necesidad de facilitar la conciliación de la vida profesional con la familiar.¹³⁰

Esta modalidad de excedencia se concede en *dos supuestos*: a) para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza como por adopción o acogimiento permanente o preadoptivo; b) para atender al cuidado de un familiar que se encuentre a su cargo, hasta el segundo grado inclusive de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia por cuidado de familiares está sometida a los siguientes *límites*:

- duración de tres años como máximo. En el supuesto de cuidado de cada hijo el plazo se cuenta desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.
- el período de excedencia será único por cada sujeto causante. Cuando un nuevo sujeto causante diera origen a una nueva excedencia, el inicio del período de la misma pondrá fin al que se viniera disfrutando.
- en el caso de que dos funcionarios generasen el derecho a disfrutarla por el mismo sujeto causante, la Administración podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas relacionadas con el funcionamiento de los servicios.

Y en cuanto a *los efectos*:

- El puesto de trabajo desempeñado se reservará, al menos, durante dos años. Transcurrido este periodo, dicha reserva lo será a un puesto en la misma localidad y de igual retribución.

¹³⁰ En esta línea están la Ley 3971999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar de las Personas Trabajadoras, la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Violencia de Género, y Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

- El tiempo de permanencia en esta situación será computable a efectos de trienios, carrera y derechos en el régimen de Seguridad Social que sea de aplicación
- Los funcionarios en esta situación podrán participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

4.5.5 Excedencia por razón de violencia de género

Esta es la modalidad de excedencia más novedosa, pues existe desde el año 2004¹³¹. Sólo es aplicable a las funcionarias víctimas de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral. Y tendrán derecho a solicitar la situación de excedencia sin tener que haber prestado un tiempo mínimo de servicios previos y sin que sea exigible plazo de permanencia en la misma.

Los *efectos* de esta modalidad de excedencia son los siguientes:

- durante los dos primeros meses de esta excedencia la funcionaria tendrá derecho a percibir las retribuciones íntegras y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo
- durante los seis primeros meses tendrán derecho a la reserva del puesto de trabajo que desempeñaran; y, cuando las actuaciones judiciales lo exigieran se podrá prorrogar este periodo por tres meses, hasta un máximo de dieciocho.
- el tiempo de esta excedencia será computable a efectos de antigüedad, carrera y derechos del régimen de Seguridad Social que sea de aplicación.

4.6. Suspensión de funciones.

La suspensión de funciones es la más atípica de las situaciones administrativas, porque es la consecuencia de una sanción o de una medida cautelar, por lo que su origen está en una infracción previa del ordenamiento jurídico o en la tramitación del correspondiente procedimiento penal o disciplinario.

4.6.1 La suspensión como sanción: la suspensión firme

¹³¹ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre la Violencia de Género.

La suspensión firme se impondrá en virtud de sentencia dictada en causa criminal o en virtud de sanción disciplinaria. Y la suspensión firme por sanción disciplinaria no podrá exceder de seis años (art. 90.2 EBEP)

Los *efectos* de la suspensión firme son: (art. 90.1 y 3 EBEP)

- El funcionario declarado en la situación de suspensión quedará privado durante el tiempo de permanencia en la misma del ejercicio de sus funciones y de todos los derechos inherentes a la condición.
- La suspensión determinará la pérdida del puesto de trabajo cuando exceda de seis meses.
- El funcionario declarado en la situación de suspensión de funciones no podrá prestar servicios en ninguna Administración Pública ni en los Organismos públicos, Agencias, o Entidades de derecho público dependientes o vinculadas a ellas durante el tiempo de cumplimiento de la pena o sanción.

4.6.2 La suspensión como medida cautelar: la suspensión provisional

Como ya hemos dicho, podrá acordarse la suspensión de funciones con carácter provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial o expediente disciplinario (art. 90.4 EBEP).

Sus *límites* temporales varían en función del procedimiento en que se adopten. No podrá exceder de 6 meses, salvo en caso de paralización del procedimiento imputable al interesado, cuando se adopte motivadamente como medida cautelar en la tramitación de un expediente disciplinario. Pero si se acuerda durante la tramitación de un procedimiento judicial se mantendrá por el tiempo a que se extienda la prisión provisional u otras medidas decretadas por el juez que determinen la imposibilidad de desempeñar el puesto de trabajo. En este caso, si la suspensión provisional excediera de seis meses no supondrá pérdida del puesto de trabajo. (art. 98.3 EBEP)

En cuanto a los *efectos*, hemos de distinguir entre un efecto común y unos efectos específicos. El efecto común es que el funcionario suspenso provisional tendrá derecho a percibir durante la suspensión las retribuciones básicas y, en su caso, las prestaciones familiares por hijo a cargo. Los efectos varían en función de si la suspensión provisional llega a convertirse o no en suspensión firme. Así, cuando la suspensión provisional se convierte en firme el funcionario deberá devolver lo

percibido durante el tiempo de duración de aquella y el tiempo de permanencia en suspensión provisional le contará para el cumplimiento de la suspensión firme. Pero si la suspensión provisional no llegara a convertirse en sanción definitiva, entonces la Administración deberá restituir al funcionario la diferencia entre los haberes realmente percibidos y los que hubiera debido percibir si se hubiera encontrado con plenitud de derechos; además,

el tiempo de duración de la misma se computará como de servicio activo, debiendo acordarse la inmediata reincorporación del funcionario a su puesto de trabajo, con reconocimiento de todos los derechos económicos y demás que procedan desde la fecha de suspensión.

4.7. El reingreso al servicio activo.

Por un lado, el EBEP mantiene en vigor el art. 29 bis LMRFP¹³², que no tiene carácter básico, en el que se regula el reingreso al servicio activo para los funcionarios que no tengan derecho a la reserva de puesto. En este artículo se distinguen dos sistemas de reingreso.¹³³ Un sistema normal, en el que los funcionarios reingresarán participando en las convocatorias de concursos o de libre designación para la provisión de puestos de trabajo. Y un sistema extraordinario, según el cual el reingreso podrá efectuarse por adscripción a un puesto con carácter provisional¹³⁴, condicionado a las necesidades del servicio y siempre que se reúnan los requisitos para el desempeño del puesto; además, el puesto asignado con carácter provisional se convocará para su provisión definitiva en el plazo máximo de un año, y el funcionario reingresado con destino provisional tendrá obligación de participar en la convocatoria, pero si no obtuviese destino definitivo se le atribuirá otro destino provisional.¹³⁵

Por otro lado, el EBEP remite a un futuro desarrollo reglamentario la regulación de “los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos en

¹³² La actual redacción procede de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre. Originariamente lo introdujo la Ley 471990, de 29 de junio, y posteriormente fue modificado por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre.

¹³³ PALOMAR OLMEDA, Alberto: *Derecho de la función pública. Régimen Jurídico de los funcionarios públicos*, Dykinson, Madrid, 2000, p. 351.

¹³⁴ Un análisis crítico sobre la potencial utilización abusiva de la adscripción provisional como sistema de reingreso se puede ver en FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: *Acceso y movilidad de los funcionarios*, Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 2003, pp. 470 a 475.

¹³⁵ Artículos 62.2 y 72 RGIP.

que proceda conforme al presente Estatuto” (art. 91).¹³⁶ Este es un tema que, por ejemplo, en el ámbito estatal, los procedimientos están exhaustivamente desarrollados,¹³⁷ por ello la reflexión debería sobre el alcance de las posibles modificaciones a introducir las futuras normas estatales y autonómicas para corregir aspectos defectuosamente regulados o cuya aplicación se ha distorsionado.¹³⁸

¹³⁶ Sobre el reingreso cuando existe reserva de puesto de trabajo, el artículo 7 RSA establece: “1. A los funcionarios que se hallen en situación de servicios especiales, procedentes de la situación de servicio activo, se les asignará, con ocasión del reingreso un puesto de trabajo, según los siguientes criterios y conforme al procedimiento que establezca el Ministerio de Administraciones Públicas:

- a. Cuando el puesto de trabajo desempeñado con anterioridad hubiere sido obtenido mediante el sistema de libre designación, se les adjudicará, con carácter provisional, en tanto no obtengan otro con carácter definitivo, un puesto de igual nivel y similares retribuciones en el mismo municipio.
- b. En los restantes casos, se les adjudicará, con carácter definitivo, un puesto de igual nivel y similares retribuciones en el mismo Ministerio y municipio.

Y el artículo 9 RSA regula la solicitud de reingreso al servicio activo en los siguientes términos: “1. Quienes pierdan la condición, en virtud de la cual hubieran sido declarados en la situación de servicios especiales deberán solicitar el reingreso al servicio activo en el plazo de un mes, declarándoseles, de no hacerlo en la situación de excedencia voluntaria por interés particular, con efectos desde el día en que perdieron aquella condición. El reingreso tendrá efectos económicos y administrativos desde la fecha de solicitud del mismo cuando exista derecho a la reserva de puesto. 2. Los Diputados, Senadores, miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas o del Parlamento Europeo que pierdan dicha condición por disolución de las correspondientes Cámaras o terminación del mandato de las mismas podrán permanecer en situación de servicios especiales hasta su nueva constitución.”

¹³⁷ Ver la Resolución de 15 de febrero de 1996, de la Secretaria de Estado para la Administración Pública y de la Secretaria de Estado de Hacienda, por la que se dictan reglas aplicables a determinados procedimientos en materia de reingreso al servicio activo y de asignación de puestos de trabajo (BOE de 22 de febrero 1996). En el año 1993 se publicó el “Manual de Gestión de Recursos Humanos en materia de vacaciones, permisos y licencias, comisiones de servicios y reingreso al servicio activo” (Resolución de 10 de diciembre de 1992 publicada en el BOE de 19 de enero de 1993).

¹³⁸ Por ejemplo, para paliar los efectos de agravio comparativo que genera la actual regulación del reingreso extraordinario mediante adscripción provisional frente al ingreso ordinario mediante concurso, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ propone: “A la vista de esta confusa regulación, y al parecer, el funcionario a quien le haya asignado una plaza provisional tiene derecho, después, a la ulterior sucesión en la asignación de otros del mismo carácter, en ningún momento, sin embargo, tal garantía alcanza a quien, participando en los concursos, o solicitando ese primer puesto provisional, no lo consigue. Procederá sostener, por consiguiente, la necesidad-oportunidad de reaccionar y equiparar esta situación a la excedencia forzosa, para así garantizar a quien quiere reintegrarse y no puede, al menos, una retribución de subsistencia” (*Acceso y movilidad de los funcionarios*, ob. cit., p. 471)

