

CAPITULO SEGUNDO

El proceso selectivo de funcionarización (I): el ámbito subjetivo de los procesos de funcionarización.

I. SUJETOS SUSCEPTIBLES DE FUNCIONARIZACIÓN: PLANTEAMIENTO LEGAL.

El punto de partida del análisis de este apartado debe situarse para la Administración del Estado y Seguridad Social, en la Disposición Transitoria Decimoquinta de la LMRFP, añadida a la original Ley 30/1984 de 2 de agosto a través de la Ley 23/1988 de 28 de julio o en las normas equivalentes que regulan los procesos de funcionarización en la legislación de las Comunidades Autónomas.

Específicamente, el apartado segundo de la mencionada DT 15^a establece que la participación en las pruebas selectivas que convoque la Administración Pública en los procesos de funcionarización se limitará al *personal laboral fijo* que, además, a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 se hallase prestando servicios en puestos reservados a funcionarios. La DT 15^a, segundo apartado, instituye, en consecuencia, dos requisitos necesarios: la existencia de un vínculo laboral *fijo* y la preexistencia del mismo cuanto menos el día anterior a la entrada en vigor de la Ley 23/1988¹.

El primer requisito se completa con la previsión recogida en el último párrafo de la DT 15^a.2, que establece que esta posible participación se extiende al personal laboral en los casos de suspensión con reserva de puesto, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48, en relación con el art.45.1 del Estatuto de los Trabajadores.

Las restantes disposiciones legales que rigen la funcionarización en el ámbito estatal han utilizado, en ocasiones, otras expresiones diversas que aparentemente rompen el criterio de la DT 15^a. Así, hallamos referencias únicamente al *personal laboral*² o incluso al *personal civil no*

¹ Esta fecha de referencia, de gran trascendencia, como veremos en el próximo capítulo tercero de esta segunda parte, es el 30 de julio de 1988. En cada Comunidad Autónoma se ha fijado un momento distinto en función de la reforma de sus respectivas legislaciones o en base a acuerdos de naturaleza sindical. Entre las más recientes debe mencionarse a Cataluña, cuya Ley 15/2000 de 29 de diciembre añade la DT 12^a a la LFP, en virtud de la cual la fecha se sitúa a 1 de enero de 2001 (DT 12^a.1). Sin embargo, esta es una cuestión inacabada en la mayoría de legislaciones autonómicas; así, la Comunidad de Aragón, cuya DT 5^a de LFP habilitó procesos de funcionarización para sus trabajadores que a la entrada en vigor de la citada Ley (1991) ocuparan plazas de funcionarios. La reforma de la citada DT llevada a cabo por Ley 12/1996 de 30 de diciembre reabre la posibilidad, modificando la fecha: 1 de enero de 1999.

² art.39.1 de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre de PGE para 1989; art.33.3 de la Ley 4/1990 de 29 de junio de PGE para 1990; art.32.2 y 3 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre de PGE para 1991; DT 9^a de la Ley 27/1992 de 23 de

*funcionario*³. Sin embargo, a nuestro juicio estas diferencias no desvirtúan el alcance de la expresión *personal laboral fijo*, según el criterio que posteriormente desarrollaremos.

En idéntico sentido terminológico se manifiestan las previsiones legales autonómicas, que se han referido en su inmensa mayoría a los términos *personal laboral fijo*⁴ o *contratados laborales fijos*⁵, en menor medida al término más genérico de *personal laboral*⁶ o *personal*⁷ y sólo puntualmente al término *indefinido*, cual es el caso de la legislación aragonesa que calificó en su LFP de 1991 (DT 5ª) al personal con *contrato laboral de carácter indefinido* y que siendo modificada a través de la Ley 12/1996 ha continuado manteniendo la misma expresión, al igual que prevé la Ley 9/1997 de 22 de diciembre de las Islas Baleares (art.8, *personal laboral con contrato de carácter indefinido*) o el Decreto 1499/2003 de 22 de abril de la Ciudad Autónoma de Ceuta que se refiere a “*relación laboral de carácter indefinido con la Ciudad.*”. En cualquier caso, la importancia del ámbito subjetivo es básica, hasta el punto que la doctrina judicial ha debido recordar que es el personal laboral fijo el que se funcionaliza y no las plazas que pueda desempeñar aquél, con lo que se refuerza el carácter subjetivo de la funcionalización, definida en este sentido ya en la primera parte (capítulo primero) de la presente tesis⁸.

noviembre de Puertos del Estado y de la Marina mercante. Todos los preceptos vienen referidos a los sujetos autorizados a participar en el proceso de funcionalización.

³ art.39.3 Ley 37/1988 de 28 de diciembre de PGE para 1989.

⁴ Entre otras, DT 2ª LFP La Rioja; DA 2ª,3ª y 4ª LFP Cantabria y art.34.3 Ley 7/1997; DT 2ª LFP Castilla y León; DT.10ª LFP Cataluña; DT 6ª LFP Asturias; DT 12ª LFP Murcia; Ley 1/1996 de la Generalitat Valenciana de adaptación del régimen jurídico del personal y art.19 Ley 10/1998. Más recientemente, la DT 10ª.2 y 3 LFP Madrid, según redactado dado por Ley 18/2000 de 27 de diciembre.

⁵ DT 3ª.1 LFP Extremadura (si bien también utilizando el término anterior); DT 2ª LFP Baleares; DT 2ª.1 LFP Castilla-La Mancha; DA 7ª LFP Canarias; legislación presupuestaria y de acompañamiento andaluz, si bien también con referencias específicas al *personal con carácter fijo y permanente* (cap.II.2.e Acuerdo de 3-11-1992 firmado entre la Junta de Andalucía y los Sindicatos. BOJA núm.127 de 9-12-1992).

⁶ art.14 LFP Madrid; DA 2ª y 3ª Ley 5/1989 de la Comunidad de Madrid; art.5 Ley 5/1996 de las Islas Baleares.

⁷ Es el supuesto de la DT 12ª LFP Cataluña, introducida por Ley 15/2000: “*el proceso de funcionalización que allí se regula también es aplicable al personal que en fecha 1 de enero de 2001 preste servicios en la Administración de la Generalitat de Cataluña*”.

⁸ En este sentido, distinguiendo entre la funcionalización del empleado, y la figura jurídica de la adscripción del puesto a régimen funcional, STSJ Andalucía/Granada 17-5-1999.

II. LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL PERMANENTE FIJO Y DEL PERSONAL INDEFINIDO NO FIJO.

Tradicionalmente se han distinguido diferentes clases y modalidades de contrato de trabajo en función de diversos factores, tales como la causa y finalidad del contrato, la distribución del tiempo efectivo de trabajo, el lugar o ámbito de prestación de servicios o la duración del contrato, entre otros aspectos. Este último factor -la duración del contrato- origina la clasificación de los contratos en dos grandes grupos⁹:

a) el contrato de trabajo *indefinido* o *fijo*, en función de que su duración sea *indefinida* o *indeterminada*, sin previsión inicial en cuanto a su conclusión, esto es, no pactándose *ab initio* un momento para su terminación. Esta modalidad de contrato da lugar a la existencia de *trabajadores fijos*, *trabajadores fijos de plantilla*, *trabajadores de plantilla* o *trabajadores indefinidos*.

b) el contrato de duración determinada o contrato temporal, en el que se da una previsión expresa sobre plazo, término final, condición resolutoria u otras circunstancias que pueden conducir a su extinción. El titular de un contrato de este tipo puede denominarse *trabajador temporal*, *trabajador interino*, *trabajador eventual* o *trabajador temporero*, definiciones que pueden no coincidir en sus acepciones coloquial y jurídica¹⁰.

No obstante lo mencionado, es preciso incidir sobre si existe distinción jurídica entre los conceptos de trabajador o contrato *indefinido* o *fijo*.

La legislación laboral emplea alternativamente ambos términos sin aparente vocación diferenciadora. Buena prueba de ella es la norma estatutaria laboral, que recurre indistintamente a ambas expresiones. Así, en determinados supuestos el contrato se presumirá celebrado "*por tiempo indefinido*" (art.8.2 ET); el contrato a tiempo parcial podrá concertarse por "*tiempo indefinido*" o por duración determinada (art.12.2 ET), presumiéndose por "*tiempo indefinido*" los

⁹ GARCÍA MURCIA, Joaquín: "*Derecho...*", ob.cit, pág.499.

¹⁰ Así sucede con el término *trabajador eventual*, que jurídicamente se circunscribe al supuesto del art.15.1.b ET y coloquialmente se confunde con el genérico común de *trabajador temporal*.

contratos temporales celebrados en fraude de ley (art.15.3 ET).

Sin embargo, adquirirán la condición de "*trabajadores fijos*" aquellos que incurran en el supuesto previsto en el art.15.2 ET; el art.42.2 ET se refiere a "*...con el límite de lo que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo*" (art.42.2 ET); los trabajadores sometidos a cesión ilegal "*tendrán derecho a adquirir la condición de fijos...*" (art.43.3 ET); "*quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada estarán representados por los órganos que se establecen en este Título conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla*" (art.72.1 ET).

Tampoco la doctrina ha establecido por lo común diferencia alguna entre ambos términos - cuando no ha mostrado su extrañeza por tal distinción¹¹-, utilizando indistinta y alternativamente uno y otro sin mayor problema¹² incluso tras la configuración del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo¹³, que a continuación estudiaremos. En idéntica línea pueden argumentarse pronunciamientos del Tribunal Supremo -cuanto menos hasta 1998, si bien pueden citarse algunos antecedentes anteriores que apuntan la distinción- o incluso la negociación colectiva del sector público¹⁴. Significativo en este sentido es el fundamento de derecho 4º del voto particular¹⁵ de la STS 20-1-1998, discrepante con la tesis de la mayoría de la Sala General, en

¹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: "*El personal...*", ob.cit. Para MOLINER TAMBORERO ("*La contratación...*", ob.cit., pág.99) la figura del *contrato indefinido* en los términos formulados por la jurisprudencia "*resulta difícil de encajar en nuestro panorama jurídico y que quizás exigirá alguna reforma legislativa para aclararla*".

¹² Entre otros, MONTOYA MELGAR, Alfredo en "*Derecho del Trabajo*", 17ª edición. Tecnos. Madrid, 1996, págs.333 y 334 o ARROYO ABAD, Carlos: "*El personal laboral al servicio de la Administración pública local*" Anuario Jurídico y Económico Escorialense. Epoca II-número XXXV, 2002, págs.318 y siguiente. Expresamente PÉREZ DE LOS COBOS ("*El personal...*", ob.cit., pág.18) señala que tal distinción es desconocida en el Derecho del Trabajo desde hace tiempo y ARROYO ABAD resalta que tal distinción no solamente no es clara, sino que "*no se asienta en ninguna diferenciación legal sobre los términos fijo e indefinido*" (pág.321).

¹³ Entre otras, STS 22-6-1990: "*una vez adquirida la condición de fijeza o el carácter indefinido de su relación laboral, no puede luego modificarse válidamente esta condición o carácter aceptando la suscripción de un nuevo contrato temporal, pues la condición de trabajador fijo es irrenunciable...*".

¹⁴ Así, el convenio colectivo del personal laboral del Consejo de Seguridad Nuclear (BOE 18-6-1998) establece en su art.3.2 que "*se considera como personal fijo a los trabajadores con contrato por tiempo indefinido...*".

¹⁵ Voto particular formulado por el Presidente de la Sala Social del Tribunal Supremo GIL SUÁREZ, a la que se adhieren los Magistrados FERNÁNDEZ LÓPEZ, SALINAS MOLINA, CAMPOS ALONSO y BRIS MONTES.

donde tras un largo razonamiento se afirma que "*es indiscutible que la expresión <trabajadores fijos> es empleada por todas estas disposiciones legales como sinónima de trabajadores contratados por tiempo indefinido*" (voto particular, FJ 3º.4., in fine), para concluir que no es posible aceptar una separación o divergencia entre los conceptos de *trabajadores fijos* y *trabajadores contratados por tiempo indefinido*, tanto en el ámbito privado¹⁶ como en el público, puesto "*que dichos términos en el Derecho del Trabajo español expresan la misma idea*" (voto particular, FJ 3º.5, último párrafo).

No obstante lo anterior, ha sido al amparo de la doctrina jurisprudencial ya mencionada del Tribunal Supremo que a continuación desarrollaremos cuando puede ponerse en cuestión el alcance de los términos *personal laboral fijo* y *personal laboral indefinido*, en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Sin embargo, a nuestro juicio la problemática que se deriva de esta reciente doctrina del Tribunal Supremo no vendría dada, como hemos señalado al inicio del capítulo, en cuanto a los procesos de funcionarización, por la simple dicción formulada en los preceptos consultados de las diferentes normas de función pública. Entendemos que es así habida cuenta dos factores:

1º.- El empleo por parte del legislador de los términos *indefinido* o *fijo*, a la hora de redactar las diferentes normas de Función Pública que regulan los procesos de funcionarización no parece sistemática.

Debe recordarse que si bien un número importante de normas autonómicas así como la propia normativa estatal se refieren a *personal fijo*, no pueden obviarse otros supuestos en los que la referencia se efectúa al término de *personal laboral* e incluso al *personal indefinido*, como es el caso de la Comunidad de Aragón, sin olvidar supuestos de utilización indistinta de uno u otro término. Vincular el ámbito del personal funcionarizable a la simple expresión terminológica - criterio estrictamente gramatical que no obstante parece ser asumido por la Administración

¹⁶ Expresamente negando la distinción para el sector privado e incluso para las entidades no públicas que previamente sí ostentaron tal condición de Administración Pública, *vid.* SSTSJ Cataluña 12-6-2003, 26-6-2003 y 27-6-2003. En concreto, este último pronunciamiento señala que "*la conversión de la recurrente en una empresa que ya no es una Administración Pública (...) hace que a partir de ese momento resulte inaplicable la doctrina sentada (...) ya que la distinción que en la misma se efectuaba entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza de la relación a resultas de irregularidades en la contratación temporal venía dada por el hecho de preservar que no fuera una manera indirecta de entrar en una Administración...*" (FD 3º).

General del Estado, como luego tendremos ocasión de estudiar- puede conducir a la absurda aplicación de que en unos supuestos sólo podrá concurrir al proceso el personal fijo, pero no el indefinido (la mayoría de los casos), en otros la posibilidad será para ambos colectivos¹⁷ y, excepcionalmente, se daría un tercer supuesto (p.ej. Aragón) en que sólo podría concurrir el *personal indefinido* pero no aquel que fuera *fijo*.

2º.- La distinción jurisprudencial entre *fijos* e *indefinidos* tiene su origen en la forma de acceso al empleo público y el encaje entre la normativa laboral y funcionarial.

Sin embargo, la normativa estatal y autonómica de funcionarización, al referirse a *personal laboral*, *personal laboral fijo*, *personal laboral indefinido* o expresiones similares, centra su objeto en aquel colectivo de empleados públicos a los que les son de aplicación el Derecho del Trabajo, frente aquel otro colectivo sujeto al Derecho Administrativo; esto es, la distinción entre quienes voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena al amparo del art.1.1 ET y quienes regidos por normas administrativas o estatutarias están excluidos del anterior ámbito por ostentar la condición de funcionarios públicos (art.1.3.a.ET). No nos cabe ninguna duda de que las normas autonómicas no emplean el concepto indefinido en el sentido de la jurisprudencia, sino en el que los propios tribunales para supuestos similares han venido a denominar sentido *ordinario y tradicional*, esto es, la de personal fijo¹⁸.

Planteada en estos términos la cuestión, debe analizarse si el personal funcionarizable según la legislación estatal o autonómica citada, independientemente de la expresión concreta utilizada en cada una de las normas específicas, es todo aquel que, no siendo *temporal* (y remarcamos el término, por cuanto en este primer momento no analizamos al referido colectivo y sólo más adelante se estudiará si el personal laboral temporal es funcionarizable), se encuentra regido en cuanto a su relación jurídica por el Derecho del Trabajo o, por el contrario, podrán darse supuestos en los que, aún enmarcándose en este ámbito, no cabe la opción funcionarizadora.

¹⁷ Así, por ejemplo, acontecería con el personal relacionado con la marina civil, ya que la DT 9ª de la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante prevé la funcionarización del *personal laboral* que desempeñe funciones relacionadas con la marina civil que según la legislación correspondan a personal funcionario.

¹⁸ Con amplia exposición de la cuestión, *vid.* STSJ Andalucía/Sevilla 13-12-2002, especialmente el FD 6º.

La cuestión quizá no tendría ninguna importancia, o hubiera sido de muchísima menor trascendencia, si el presente trabajo hubiera sido elaborado con anterioridad al desarrollo de la novedosa doctrina del Tribunal Supremo que distingue, en el ámbito del empleo público, entre *personal laboral fijo* y *personal laboral con contrato indefinido no fijo*. A nuestro juicio, será precisamente en este ámbito -el de la determinación del haz de derechos y obligaciones de los trabajadores indefinidos no fijos- y no la simple referencia gramatical, en el que debemos situar el eje de nuestro estudio.

El debate tiene su origen en la posibilidad de que la Administración Pública se vincule con empleados regidos por el Derecho del Trabajo y cuya modalidad contractual sea temporal, al amparo de las diversas modalidades que la legislación establece (*vid.* primera parte, capítulo primero). Reconocida sin duda esta posibilidad por la legislación estatal, autonómica y local, nace el conflicto entre la aplicación de la norma laboral, reguladora de las consecuencias que se derivan por los incumplimientos cometidos por el empleador público al concertar contratos temporales irregulares o fraudulentos, y la norma constitucional y administrativa de acceso a la función pública cumpliendo los principios de igualdad, mérito, capacidad y el principio legal de publicidad así como el establecimiento de un procedimiento tasado de acceso a la condición de trabajador o funcionario: un conflicto, pues, entre el interés público, representado por la Administración, y el interés privado, representado por el trabajador¹⁹. Esta *tormentosa cuestión* - en expresión apuntada por la doctrina- no puede ser ajena a otros males que afectan a la Administración española, cuales son el favoritismo en el acceso, vinculado al clientelismo político, a los amiguismos, nepotismos y patronazgos²⁰.

La estricta delimitación del conflicto se produce entre el juego de presunciones de determinados

¹⁹ La claridad de la STS 20-1-1998 es manifiesta, al afirmar que "*el ordenamiento laboral parte en este punto de la defensa de la estabilidad del empleo frente a las actuaciones que, prevaleciendo de una posición de debilidad contractual del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada. El ordenamiento administrativo consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. Mientras que en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en un ámbito en el que rige el principio de libertad de contratación constitucional, en el segundo estamos ante un interés público de indudable relevancia constitucional...*".

²⁰ MERCADER UGUINA, Jesús: "*La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*". Tirant lo blanch. Valencia, 1999, pág.137.

preceptos del ET (básicamente, arts.8.1 y 2; art.11.2.k; art.15.2 y 3, todos ellos referidos a modalidades contractuales) pero sin olvidar los arts.43 y 44 del mismo texto legal, que establecen los supuestos de cesión ilegal de trabajadores y subrogación de las relaciones laborales, respectivamente, y su coherencia con las normas de función pública, que prevén que el acceso a la condición de trabajador fijo de la Administración deberá hacerse a través de los procedimientos selectivos correspondientes y las modalidades de concurso, oposición o concurso-oposición.

El conflicto entre unos y otros ámbitos normativos ha dado lugar a todo un numeroso conjunto de pronunciamientos judiciales, en todas las instancias posibles (extinto Tribunal Central de Trabajo, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia) que han carecido de uniformidad y estabilidad. La solución jurisprudencial a este conflicto, calificado como " *cuestión problemática por excelencia*" en el ámbito de las relaciones laborales en la Administración²¹, ha pasado por diversas etapas, sobre cuya descripción no siempre la doctrina ha coincidido, si bien ninguna de ellas ha logrado la necesaria estabilidad y seguridad²².

²¹ PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco: "*El personal...*", ob.cit., pág.15.

²² Esquemáticamente, pues no es objeto esencial del presente capítulo, pueden establecerse las siguientes fases en el *iter* jurisprudencial:

Una antecedente etapa, por lo común olvidada en los análisis doctrinales, estaría comprendida entre la aprobación de la LFCE de 1964 y la LMRFP de 1984. No distingue entre sector privado y Administración, aplicándose la legislación laboral de forma plena: desde la STS 12-6-1964, con referentes jurisprudenciales que se prolongan en el tiempo hasta las SSTS 13-12-1983 y 4-10-1984.

a) la propiamente primera etapa jurisprudencial surgida tras la promulgación de la LMRFP (establecida, entre otras muchas, por las SSTS 9-10-1985, 24-4-1986, 21-2-1987, 30-1-1988, 27-2-1989 o 20-2-1990 especificó que la aplicación del juego de presunciones del ET en favor del carácter indefinido de los contratos laborales temporales celebrados por la Administración en supuestos de fraude de ley o en todos aquellos casos en que la sanción fuera aquella inicial consideración colisionaba con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso al empleo público, de tal manera que los arts.23.2 y 103.3 CE y el procedimiento de selección previsto en la Ley 30/1984 de 2 de agosto impedían que los preceptos antes mencionados del ET fueran aplicables. Así, no era posible imponer la readmisión del trabajador despedido; el uso fraudulento o indebido de la contratación temporal por parte de la Administración no transformaba en ningún caso en estables a los trabajadores afectados, pues ella sólo podría predicarse en los supuestos de selección al amparo de la CE, la Ley 30/1984 de 2 de agosto y resto de normativa pública reguladora de la cuestión. Esta doctrina del Tribunal Supremo fue modulada a través de un conjunto de sentencias de diversos órdenes jurisdiccionales (TCT y TSJ) que condenaron a los entes públicos al abono de la indemnización por despido improcedente, con la finalidad de respetar el principio de igualdad en el acceso al empleo público paralelamente al respeto de los principios, también constitucionalmente protegidos, de legalidad, tutela judicial efectiva e igualdad (arts.9.1., 24.1 y 14 CE): entre otras, STCT 11-2-1988 y STSJ Galicia 14-10-1992. Tesis que a juicio de RODRÍGUEZ RAMOS buscaba un punto de equilibrio entre los intereses públicos y los privados.

b) paralela a esta etapa, otro conjunto de pronunciamientos jurisprudenciales (entre otros, STS 7-3-1988) se

Planteada en estos términos la cuestión, lo que importa al objeto de este estudio es lo que ha venido a denominarse *tercera y cuarta época* en la jurisprudencia²³. En ellas el Tribunal Supremo retoma una línea argumental con la sentencia de 7-10-1996 que instituye una "*sutil pero ambigua distinción*" entre *fijos e indefinidos* y que alcanza las épocas más recientes con pronunciamientos en donde se concretan con bastante claridad los criterios que dan lugar a esa distinción, de importancia clave para los procesos de funcionarización, como tendremos ocasión de estudiar.

La STS 7-10-1996 inició un criterio jurisprudencial que se concretó en las notas que a continuación indicaremos. Sin embargo, antes debemos destacar que la importancia de esta sentencia, más si cabe que las posteriores de enero de 1998, trasciende al propio contenido de la misma; así, tomada como referencia temporal, se ha establecido un antes y un después a la misma, de tal manera que aquellos contratos temporales irregulares anteriores a la misma, que recibieron tal consideración por la jurisdicción social han sido considerado a menudo, a todos los efectos, como *fijos*, en tanto que los posteriores, han pasado a ser calificados como *indefinidos no fijos*, con todos los efectos –como tendremos ocasión de analizar- que comporta, incluso en cuanto a la funcionarización. Buena prueba de ello es el Capítulo XIII del Título IV de la Resolución de 15-11-2002 por la que se aprueba el Acuerdo entre la Administración estatal-sindicatos para el periodo 2003-2004²⁴. Las mencionadas pautas, derivadas de la STS 7-10-1996

manifestaron a favor de la aplicación de las normas de Derecho del Trabajo cuando el empresario fuese la Administración, con la correspondiente sanción de contrato indefinido para los supuestos que así preveía el ET.

c) ante las divergencias de las referidas tesis y la consiguiente inseguridad jurídica que comportaba para el operador jurídico, el Tribunal Supremo alumbró una tercera vía, denomina de los *incumplimientos especialmente cualificados*. Esta tesis se basó en que aquellos incumplimientos sustanciales de la Administración Pública suponían la sanción de contrato indefinido, en tanto que las *meras irregularidades* no comportaban tal consideración.

d) finalmente, en los últimos tiempos, el Tribunal Supremo adoptó la doctrina del sometimiento de la Administración Pública al Derecho del Trabajo sin excepciones (entre otras, SSTS 18-3-1991, 27-1-1992 o 22-9-1993, calificada como tesis *objetivista extrema* (BAL FRANCÉS, Edmundo *et alri*: "*Relaciones laborales con las Administraciones Públicas. Compendio de jurisprudencia y doctrina judiciales*". BOE-MAP. Madrid, 1999, pág.251).

Este *iter* -en absoluto homogéneo en cuanto a su evolución temporal, pues está salpicado de pronunciamientos de una u otra posición o variantes de algunas de ellas, como la tesis *subjetivista extrema* (BAL FRANCÉS, Edmundo *et alri*: "*Relaciones...*", *ob.cit.*, pág.250) que califica el contrato irregular como de *interinidad hasta la cobertura de la plaza*, culmina con la nueva tesis iniciada en 1996 y que ha cristalizado fundamentalmente en 1998 que distingue entre *trabajadores fijos y trabajadores indefinidos* y que es objeto de estudio en el presente capítulo.

²³ MERCADER UGUINA, Jesús: "*La contratación...*", *ob.cit.*, págs.145 y 147.

²⁴ El mencionado capítulo XIII, integrante del Título IV denominado de "*Medidas encaminadas a favorecer la estabilidad en el empleo público*" reordena la estabilización de los indefinidos no fijos. En este caso, se

pueden concretarse en los siguientes puntos:

1º.- los preceptos sobre los efectos legales del despido improcedente y nulo se aplican en su integridad cuando el empresario es la Administración Pública. Los principios de igualdad, mérito y capacidad no obstan a que los trabajadores puedan imponer a la Administración Pública la readmisión o la indemnización.

2º.- la premisa anterior no enerva el deber de la Administración Pública de someterse a los principios anteriormente citados de acceso al empleo público.

La consecuencia de ambos postulados se concreta en la siguiente tesis: la contratación laboral en la Administración Pública al margen del procedimiento legalmente establecido califica a los trabajadores así incorporados al servicio público como *trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido*, en tanto que los que han superado el procedimiento de selección reglamentariamente instituido deben calificarse como *trabajadores fijos de plantilla* (FJ 2º STS 7-10-1996). En torno a ello, son significativos los términos utilizados por la STSJ País Vasco 21-10-1997, que estimó que la noción de trabajadores contratados por tiempo indefinido se identifica con aquellos que han lucrado la estabilidad en su relación de servicios con el poder público por una vía espuria, no por méritos acreditados en el correspondiente proceso de selección, gracias a una ilicitud sustancial cometida en la suscripción de su vinculación temporal con la Administración. Esta doctrina fue reiterada en posteriores pronunciamientos judiciales del Tribunal Supremo²⁵ y de los Tribunales Superiores de Justicia²⁶ que, no obstante, nada aportan de nuevo a la primera de las sentencias citada y en ningún caso tampoco explicitan el origen legal de la mencionada distinción.

Dadas las características de la cuestión planteada y su trascendencia, la Sala General de lo Social del Tribunal Supremo, a través de las sentencias de 20-1-1998 y 21-1-1998 desarrollaron con

establece que el personal con condición de indefinido por sentencia judicial con efectos anteriores al 7 de octubre de 1996, “*tendrá la consideración de personal fijo, a los efectos del Convenio que le sea de aplicación*” (cap.XIII, segundo párrafo *in fine*).

²⁵ SSTS 10-12-1996, 30-12-1996, 14-3-1997, 24-4-1997 y 7-7-1997.

²⁶ Así, por ejemplo, SSTSJ País Vasco 18-3-1997 y 27-5-1998, Galicia 7-5-1997, Madrid 2-4-1998 y 29-6-1998, Extremadura 18-5-1998, Canarias (Santa Cruz) 29-5-1998 y Cataluña 10-3-1997.

algo de mayor amplitud la nueva tesis jurisprudencial, calificada por la doctrina como *mixta* o *integradora*²⁷ de tal forma que, partiendo de la necesaria coexistencia de normas laborales y normas administrativas, establecieron que dos son las esferas que no pueden obviarse en el análisis de la cuestión:

En primer lugar, la imprescindible invulnerabilidad de las normas de derecho necesario, que atribuyen con carácter general los puestos de trabajo de la Administración a los funcionarios (principio de reserva general) y la excepción, al personal laboral (principio de limitación de los puestos de trabajo en régimen general).

En segundo término, que la selección del personal de la Administración debe someterse a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo cual implica, además, una garantía para la eficacia de la Administración al servicio de los intereses públicos.

Estas dos esferas comportan que cuando la ley prohíbe contratar o este contrato se hace vulnerando una norma esencial, la consecuencia querida por la ley no puede ser la declaración del contrato de trabajo como fijo sino como indefinido (FJ 3º STS 20-1-1998). El FJ 4º de la STS citada inicia un tímido intento de distinción entre las dos nociones, que se sitúa en el siguiente plano: el contrato de trabajo indefinido implica que desde la perspectiva temporal, no está sometido directa o indirectamente a término, pero sin que ello comporte el carácter de fijeza, que sólo puede derivarse del trabajador que ha superado un proceso de selección. Por otro lado, la Administración deberá poner en marcha el procedimiento de selección pertinente para la cobertura reglamentaria de la plaza cubierta indefinidamente²⁸, cobertura que, una vez producida, lo será mediante un *trabajador fijo* y habilitará para la extinción del contrato indefinido (FJ 4º). Tesis que ha sido mantenida y reiterada en numerosas ocasiones por el Tribunal Supremo hasta el momento presente²⁹.

²⁷ BAL FRANCÉS, Edmundo *et alri*: "*Relaciones...*", ob.cit., pág.251.

²⁸ Carácter obligatorio de la convocatoria que no fue compartido, en un primer momento, por GOERLICHT PESET, José María y VEGA LÓPEZ, Julio en "*¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública?. Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla*". RL núm.11/1998, págs.26-27.

²⁹ Sin ánimo de exhaustividad, pueden citarse a las SSTS 27-3-1998, 12-6-1998, 22-9-1998, 5,13 y 26-10-1998; 10 (dos sentencias) y 18-11-1998 (3 sentencias), 21 y 28-12-1998, 19-1-1999, 26-1-1999, 3-2-1999, 25-3-1999, 30-3-1999, 13 y 18-10-1999, 8-2-2000, 17-1-2000, 29-5-2000 y 20-11-2000.

Esta distinción importa al objeto de nuestro estudio por cuanto, de aceptarse la diferencia entre *trabajador fijo* y *trabajador vinculado por un contrato indefinido no fijo*, deberá analizarse si este último puede ser sujeto funcionarizable o, si por el contrario, a consecuencia del estatus especial derivado de esta condición, no puede participar en estos procesos particulares de acceso a la condición de funcionario.

A nuestro juicio, la respuesta a la cuestión merece las siguientes consideraciones previas:

1º. La distinción entre *fijo* e *indefinido* no afecta a la calificación de la modalidad del contrato de trabajo según su duración, por cuanto el *indefinido* implica, igual que el *fijo*), desde una perspectiva temporal, que no está sometido a un término (FJ 4º STS 20-1-1998) sino a la calificación de la posición subjetiva del trabajador en la Administración, de tal manera que estaremos ante *trabajadores fijos de plantilla*, esto es, aquellos contratados a través del procedimiento reglamentario, y *trabajadores vinculados por un contrato de trabajo por tiempo indefinido*, que no lo han sido (STS 7-10-1996).

Por consiguiente, la distinción estriba en que los primeros consolidan una *posición de fijeza en la plantilla* que no adquieren los segundos, de tal forma que la calificación judicial como fijo de plantilla no equivale a carácter indefinido de la relación contractual: la fijeza se predica de la posición subjetiva del trabajador en la empresa y le garantiza la estabilidad en su puesto, en tanto que el carácter indefinido de la relación laboral se predica del vínculo, no del trabajador en sí mismo considerado. Condición de fijo e indefinido que coinciden en la mayoría de las ocasiones pero no siempre (p.ej., período de prueba), por cuando ni inciden sobre la misma realidad ni tienen un efecto equivalente.

2º. Cuáles son las normas laborales aplicables a los trabajadores fijos que también lo sean a los indefinidos y cuáles no lo son es una tarea ciertamente compleja, como la doctrina científica y los pocos (en este sentido) pronunciamientos judiciales se han encargado de señalar. Pero ello nos es imprescindible para concretar si la funcionarización es un proceso en el cual pueden ser parte los trabajadores vinculados con la Administración a través de un contrato indefinido no fijo.

En esta *particular posición subjetiva* de los trabajadores indefinidos no fijos podríamos acordar que la regla general es la aplicación de las normas laborales en toda su extensión³⁰ y la excepción aquellos derechos, ventajas y expectativas laborales que estén vinculados, en cuanto a su aplicación, a un inicial acceso al empleo público respetando los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad³¹. En concreto se ha postulado que las normas legales, convencionales o pactos de carácter general podrán modalizar o ampliar el contenido de la relación laboral fija concediendo a los titulares de ésta últimos derechos que no corresponderán a los indefinidos, especialmente "*en la medida que dicho contenido adicional de la fijeza tenga su razón de ser en la circunstancia de haber accedido al empleo a través de las pruebas selectivas oportunas (principio meritocrático, de mérito y capacidad, como opuesto al principio mesocrático)*", ya que tal diferenciación no parece contraria al art.14 CE³².

Así, se ha señalado que la mayor parte del régimen jurídico, legal o convencional, les resultará aplicable: prestación de trabajo y salarial, determinación y vicisitudes de la prestación y derechos colectivos³³.

Por contra, doctrinalmente se han señalado a los aspectos vinculados a la *promoción profesional* y los relacionados con las modalizaciones de las reglas que rigen la estabilidad en el empleo, como aquellos no aplicables al personal indefinido³⁴.

Enlaza esta inicial consideración con la hipótesis de funcionarización del personal laboral indefinido. A nuestro juicio, cuatro son los elementos que debemos plantear, por cuanto la legislación de función pública los vincula en mayor o menor medida con los procesos de

³⁰ BAL FRANCÉS, Edmundo *et al*: "*Relaciones...*", ob.cit., pág. 251 entienden que tal aplicación se extiende a todos los derechos que con carácter indisponible reserva el Estatuto de los Trabajadores y los convenios de aplicación a los trabajadores con contrato de duración indefinida.

³¹ GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: "*¿Una nueva...*", ob.cit., págs.25-26. En este mismo sentido tuvimos ocasión de pronunciarnos en nuestro artículo "*Regimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*". Aranzadi Social, núm.4, 2002, págs.83 a 105.

³² BAL FRANCÉS, Edmundo *et al*: "*Relaciones...*", ob.cit., págs.251-252.

³³ GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: "*¿Una nueva...*", ob.cit., págs.26-27.

³⁴ GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: "*¿Una nueva...*", ob.cit., pág.26.

funcionarización: 1º.-la promoción profesional; 2º.- la participación en *oposiciones restringidas* y 3º.- la estabilidad en el empleo. Un cuarto elemento del análisis, que entendemos subsidiario, es la interpretación gramatical de la DT 15ª LMRFP o sus equivalentes autonómicos, ya adelantada al inicio de este capítulo.

Nos referiremos en primer término a la *promoción profesional*. Doctrinalmente se la ha vinculado en la Administración Pública al estatus de personal laboral fijo, por cuanto aquella promoción se sujeta también a los principios de igualdad, mérito y capacidad. Se razona que quien no accedió al empleo laboral cumpliendo los citados principios constitucionales no puede luego promocionar.

Ciertamente, en sentido estricto, la *funcionarización* como tal no puede calificarse como un proceso de *promoción profesional* del personal laboral, si bien indirectamente ello así puede acontecer, cuando las posibilidades objetivas de promoción profesional cara al futuro del personal laboral funcionarizado puedan resultar mejores en estructuras organizativas mayoritariamente funcionariales. Sin embargo, lo que aquí nos interesa señalar no esa hipotética promoción del personal funcionarizado, sino la promoción de los trabajadores que, pudiendo funcionarizarse, no lo consiguen o no participan en el proceso. La legislación de función pública y la jurisprudencia se han encargado de señalar que "*el personal que no supere dichas pruebas podrá permanecer en el puesto de trabajo que desempeñe, sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional*"³⁵; en consecuencia, parece razonable que si se garantiza esta promoción a quien no se funcionarice, *a sensu contrario*, difícilmente podrá funcionarizarse quien, de entrada, no podía antes, ni puede después, promocionar como es el caso del personal indefinido.

En segundo término, la limitación -manifestada y defendida por la escasa doctrina que ha analizado la cuestión- del personal indefinido a participar en oposiciones restringidas o procedimientos de provisión *ad hoc*³⁶, es tanto como impedir su participación en los procesos de

³⁵ Art.39.1 de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre de PGE para 1989; art.32.3 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre de PGE para 1991. Entre otras muchas, también en el ámbito autonómico, DT 10ª LFP Cataluña ("*...en ningún caso...afecta a las expectativas de promoción profesional de este personal, que seguirá rigiéndose por la normativa que le sea de aplicación*"); DA 2ª.4º párrafo de la Ley 16/1997 de 7 de noviembre de modificación de la LFP País Vasco.

³⁶ GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: "*¿Una nueva...*", ob.cit, pág.26.

funcionarización, que se han configurado como procesos restringidos excepcionales, abiertos únicamente al colectivo de trabajadores de la Administración afectada y, por consiguiente, excepcionalmente inaccesibles al resto de ciudadanos. Tal restricción tendrá su base en la necesaria coherencia entre el art.23.2 CE y un hipotético acceso restringido a la función pública; así, el precepto constitucional no impide que el acceso a las funciones públicas pueda restringirse a quienes reúnan “*determinadas condiciones*”, pero siempre éstas deberán haberse podido alcanzar de una forma libre y con respeto al principio de igualdad³⁷, que en el caso del personal laboral fijo será respetando el art.14 CE, lo que no acontece en el personal laboral indefinido no fijo.

En tercer lugar, las reglas que rigen la estabilidad en el empleo. Si bien el planteamiento ha sido formulado por la doctrina en unos términos que aquí no nos afectan³⁸, sí que introducen el ámbito de reflexión siguiente: de aceptarse la tesis de que el personal laboral presenta un régimen de extinción de su contrato con especialidades en relación al régimen común, éste régimen, más favorable al trabajador, sólo sería de aplicación al personal fijo, no al indefinido, por cuanto este régimen especial se derivaría de la forma, también distinta, de acceso a la condición de empleado público.

En nuestro caso, la modalización de las reglas de extinción se derivan de las previsiones que las normas de funcionarización introducen en cuanto al personal que no puede o quiere funcionarizarse. En concreto, se ha previsto que “*el personal que no supere dichas pruebas podrá permanecer en el puesto de trabajo que desempeñe...*”³⁹, así como que los mencionados

³⁷ Vid., al respecto, el voto particular cuarto, punto quinto, de la STS 21-1-2002, que en el acceso al cargo de Letrado del Tribunal Constitucional, tras expresar la tesis en el texto principal referida, avala que puede restringirse el acceso a un determinado Cuerpo funcional a aquellos empleados públicos que pertenezcan a un determinado Cuerpo “*cuya regulación tenga establecidos los principios de igualdad y libre acceso*”. Aunque la reflexión se efectúa en el estricto ámbito funcional, entendemos que el razonamiento es predicable del personal laboral fijo.

³⁸ Concretamente, estableciendo que los trabajadores al servicio de la Administración, al acceder mediante un procedimiento tasado que debe respetar los principios constitucionales y legales mencionados, modalizan también el procedimiento de extinción de su contrato, de tal manera que no hay lugar a la opción de indemnización o readmisión en el despido improcedente, imperando siempre ésta última (SALA FRANCO, Tomas: “*Incidencia...*”, ob.cit.). Más recientemente la plantean LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel: “*El régimen...*”, ob.cit., pág. 374 y PINAZO HERNANDIS, Javier: “*La incidencia...*”, ob.cit., pág.359 nota 84. Tesis que no compartimos y que jurisprudencialmente no ha sido aceptada, tal como acreditan numerosas sentencias de la Sala Social del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

³⁹ Art.39.1 *in fine* de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre; art.32.3 *in fine* Ley 31/1990 de 27 de diciembre.

trabajadores "*mantendrán su situación contractual, en régimen de a extinguir*"⁴⁰; se ha legislado, incluso, en el sentido de que "*en ningún caso la determinación de un puesto de trabajo como propio de un cuerpo o escala de funcionarios conlleva el cese del personal laboral que lo ocupaba con carácter permanente...*"⁴¹ o bien que "*sin que dicha circunstancia pueda constituir causa de remoción o cese...*"⁴² (*in extenso, vid. capítulo sexto de esta segunda parte*).

En este sentido, cuando los Tribunales han tenido ocasión de pronunciarse, han vinculado las modalizaciones en el régimen de extinción establecidas por negociación colectiva -que atribuyen al trabajador la opción entre readmisión o indemnización en supuestos de despido improcedente⁴³- al carácter fijo de aquel, por cuanto sólo éste es el que ha cumplido los requisitos reglamentarios de acceso, previa Oferta de Empleo, y no así al personal vinculado por un contrato indefinido⁴⁴, criterio éste incluso recogido por algunas normas convencionales⁴⁵. En consecuencia, la misma lógica impone concluir que las reglas de estabilidad en el empleo del personal laboral, fijadas por la legislación en supuestos de funcionarización, tienen sentido desde la perspectiva de trabajadores fijos, que han superado previos procesos de selección, pero no de

⁴⁰ Entre otras, art.68 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; DT 2ª.4 de la LFP de La Rioja; DT 2ª.2 de la LFP Castilla y León.

⁴¹ DT 10ª.2 LFP Cataluña.

⁴² DA 10ª.4 LFP Comunidad Valenciana, según redacción dada por Ley 10/1998.

⁴³ El I CC para el personal laboral de la Secretaría General de Comunicaciones (1991-1992) aplicable al antiguo Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos fue uno de los primeros en recoger esta opción (art.39), para posteriormente generalizarse en muchos CC de ámbito local o autonómico. Para un ejemplo de opción obligatoria de readmisión, vid. art.11 CC de las Universidades Públicas de Madrid (Resolución de 4-8-1999, BOCM 2-9-1999): "*las Universidades optarán obligatoriamente por la readmisión en los supuestos de despido disciplinario de personal fijo, que sea declarado improcedente por sentencia firme de la jurisdicción competente..*". Más flexible, art.57 del VI CC del personal laboral de la Comunidad de Aragón (Resolución de 23-2-1998, DOA 6-3-1998): una comisión paritaria Administración-sindicatos deberá decidir por unanimidad en favor del reingreso o la indemnización, si bien la falta de unanimidad supone la readmisión.

⁴⁴ Referida a un Ayuntamiento, la STSJ Andalucía/Málaga 26-3-1999 es rotunda al señalar que "*es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que establece que en situación cual la presente, la eliminación -vía convenio colectivo- de la facultad de opción empresarial, en caso de despido improcedente no es aplicable a los empleados cuyo contrato se transforma en por tiempo indefinido por irregularidades sobrevenidas durante la vida de la relación contractual y porque, además, debe tenerse en cuenta que la contratación como fijo en las Administraciones Públicas es aquella en la que se cumplen los requisitos establecidos e en el art.19 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto...*" Vid. también las SSTS 12-7-1994, 11-5-1999 y 21-9-1999.

⁴⁵ Así, art.57 del VI CC del personal laboral de la Comunidad de Aragón, que establece que en los supuestos de despido improcedente "*la readmisión sólo procederá cuando la persona afectada hubiera sido seleccionada para el acceso a la Administración mediante el procedimiento en el que se hayan tenido en cuenta los principios constitucionales recogidos en el presente convenio*".

aquellos que no tienen tal condición.

Por otro lado, en línea con lo señalado anteriormente, la calificación de fijeza corresponde a la posición subjetiva del trabajador en la Administración, garantizándole la estabilidad en su puesto de trabajo, en una aproximación a la estabilidad que rige las relaciones funcionariales⁴⁶, por lo que las previsiones legales en favor de quienes no se funcionaricen parecen acertadas, contrariamente a una estabilidad en el empleo que no se infiere de la calificación de *contrato indefinido*.

En conexión con todo ello, se ha postulado también que el trabajador fijo sería inamovible, salvo la concurrencia de una causa legal que diera lugar a la posible extinción por despido (disciplinario, objetivo, etc.), en tanto que el trabajador con contrato indefinido vería limitada su permanencia indefinida hasta que la plaza fuese cubierta por el procedimiento legal y reglamentario. Si bien ello ha dado lugar a que un sector de la doctrina haya defendido de que estamos en la práctica ante un contrato de interinidad hasta la cobertura de la plaza⁴⁷ o una modalidad de interinidad indefinida⁴⁸, otro sector entiende que la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo comporta distinguir entre trabajadores con contrato de interinidad por vacante -en los que se dan irregularidades substanciales en el contrato temporal, pero se acredita que la finalidad de éste era la interinidad-, trabajadores con contrato indefinido y trabajadores fijos⁴⁹.

Sea cual fuere la conclusión no sería posible la funcionarización. En el contrato de interinidad, porque esté persigue cubrir el puesto de trabajo hasta su cobertura permanente, por lo que en el mejor de los casos comportaría el nombramiento como funcionario interino; en el contrato indefinido no fijo, porque las plazas de los trabajadores deberán ser incluidas en la Oferta de Empleo y, finalizado el proceso selectivo, se producirá el cese de aquellos (salvo que sea el

⁴⁶ Vid. STSJ Andalucía/Málaga 26-3-1999, si bien reconoce también una esencial diversidad entre relación laboral fija y funcionarial, fruto de la naturaleza y de las normas que regulan a una y otra.

⁴⁷ Voto particular STS 20-1-1998, FJ 4º.

⁴⁸ ANDRÉS LEÓN, Rafael y BAL FRANCÉS, Edmundo: "Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas". Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.296/1997, pág.3.

⁴⁹ MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, Alfredo: "¿Porqué...", ob.cit, pág.22; GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: "¿Una nueva...", ob.cit., pág.20.

propio trabajador indefinido el que supere el proceso), con el cobro de la indemnización correspondiente⁵⁰ o sin ella, de aceptar la tesis –que parece jurisprudencialmente definitiva- que así lo postula⁵¹.

El razonamiento expuesto hasta aquí debe entenderse extendido también a los otros supuestos de acceso a la condición de trabajador de la Administración sin haber superado un proceso de selección previo, cual es el derivado del artículo 43 (cesión ilegal) y 44 (subrogación) del ET, por cuanto la premisa es idéntica, como así ha entendido ya algún pronunciamiento judicial⁵².

Finalmente, como cuarto punto de análisis, la interpretación estrictamente gramatical. Esta parece haber sido asumida como criterio básico por la Administración estatal, aunque a nuestro juicio únicamente puede ser un elemento más, pero en absoluto determinante. Según este parecer, *"las sentencias del Tribunal Supremo (...) consolidan dentro de la Administración General del Estado la condición de trabajador con carácter indefinido no fijo, que es totalmente diferente del trabajador fijo de plantilla"*, señalando que la DT 15ª LMRFP *"es muy clara al establecer las condiciones necesarias para participar en los procesos de funcionarización"*, obligando a la Administración hasta el punto que *"no puede admitir a las pruebas selectivas por el turno de plazas afectadas por el art.15 de la Ley de Medidas, a quienes no ostenten el requisito de ser contratado laboral fijo de plantilla"*⁵³.

⁵⁰ Correspondiente a un despido improcedente (MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, Alfredo: *"¿Porqué..."*, ob.cit.3) o despido por causas objetivas o despido colectivo (GOERLICHT PESET-VEGA LÓPEZ: *"¿Una nueva..."*, ob.cit., págs. 30 y 31, que en todo caso alerta sobre el peligro de concluir el proceso judicial con una declaración de improcedencia). Para PÉREZ DE LOS COBOS (*"El personal..."*, ob.cit., pág.19) la opción por el despido por causas organizativas (art.52.c ET) se configura como el mecanismo más factible que concilia el interés general (acceso al empleo público de conformidad con los principios de igualdad, mérito y capacidad) y el interés individual del contratado irregularmente. También como equitativa y ajustada a Derecho la preconizaba MIÑAMBRES PUIG, César: *"La estabilidad..."*, ob.cit., pág.181 y nosotros mismos en *"Régimen jurídico..."*, ob.cit., págs.104-105.

⁵¹ Vid. STS 22-9-1998 de modo indirecto y, con rotundidad, en un primer momento la STSJ Galicia 24-7-1999 y en unificación de doctrina, STS 27-5-2002. Entre la escasa doctrina teórica que postulaba esta solución, NICOLAS BERNAD (ob.cit., pág.55), al reconducir el cese del indefinido no fijo a una extinción de contrato de interinidad por vacante, sin indemnización, al amparo del art.49.1.c del ET.

⁵² STSJ Madrid 18-6-1998: *"tal doctrina resulta igualmente aplicable en los casos como el presente, en que la acción del trabajador no dimane de una contratación temporal irregular o fraudulenta, sino también de una situación de cesión ilegal de trabajadores, por existir identidad de razón entre ambos supuestos..."* (FJ.4º).

⁵³ Criterio de la Subdirección General de Planificación y Selección de Recursos Humanos de la Dirección General de la Función Pública del Ministerio para las Administraciones Públicas de 5-2-2001.

El criterio, considerado aisladamente, no nos parece significativo. Entendemos que la imposibilidad de participación se derivará en su caso de razones materiales -las tres anteriormente apuntadas-. La interpretación gramatical es subsidiaria y nada aporta -o muy poco- por cuanto de aceptarla en exclusiva sería tanto como permitir la participación en aquellos ámbitos en donde la redacción literal de la ley se ha referido a *personal laboral* o a *personal laboral indefinido*, con la paradoja en este último supuesto (vg., Aragón) en que únicamente podría participar el indefinido y no el personal fijo; esta posición es la asumida por la doctrina del Consejo de Estado, pues si bien se remite a los términos literales de la ley, deduce que tal especificación del ámbito subjetivo sólo para los trabajadores fijos se deriva de que ellos sí accedieron a la función pública cumpliendo los principios legalmente previstos, de igual manera que veta la funcionarización de funcionarios interinos, personal eventual, personal temporal o “...cualquier otro, incluido el personal que tenga una relación jurídico laboral de carácter indefinido (...) dado que el personal laboral que no es fijo carece de los requisitos esenciales para la adquisición del derecho a la funcionarización...”⁵⁴.

Nuestra conclusión final nos lleva, pues, a entender que los procesos de funcionarización previstos en la legislación vigente y el régimen de estabilidad para los trabajadores que no se funcionaricen juegan en el ámbito de los considerados como fijos, no así en los calificados como vinculados por un contrato de carácter indefinido no fijo.

No obstante, *de lege ferenda* creemos razonable e incluso necesario articular un proceso de funcionarización que suponga la posibilidad de participar en el mismo a este tipo de personal. En esta propuesta cabe indicar lo siguiente:

a) mantenemos la sospecha de que en numerosas Administraciones Públicas se permite el acceso de estos trabajadores a los procesos de funcionarización junto a los trabajadores fijos⁵⁵. *De facto*,

⁵⁴ Dictamen del Consejo de Estado núm.3740 de 24 de enero de 2002, sobre el proceso de funcionarización del personal del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de San Sebastián.

⁵⁵ Incluso se localizan convocatorias de procesos de funcionarización en donde expresamente se permite la participación de los contratados laborales fijos así como los indefinidos (entre otras, funcionarización del Ayuntamiento de Bilbao, BOPV de 29-12-1998, del Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra, DOE 31-10-2002, Ayuntamiento de Montán, DOGV 17-3-2003 y Ayuntamiento de Águilas, BORM 3-6-2003).

pues, se está produciendo su integración como funcionarios aprovechando el régimen transitorio de la Ley y *de iure*, en algunos supuestos, al preverlo expresamente normas legales o reglamentarias, como ha sucedido en Comunidad de La Rioja⁵⁶, incluso a través de procedimientos torticeros⁵⁷.

b) lo anterior, legalmente incorrecto en nuestro parecer ya detallado, se justifica en base a una política de recursos humanos que prefiere optar por integrar a unos y otros trabajadores bajo un mismo régimen -el funcional-, evitando así el establecimiento de una separación entre *funcionarios y trabajadores indefinidos no fijos*. Segregación que más allá del conflicto evidente -humano, sindical y organizativo- que puede suponer, comporta una clara política de gestión: la voluntad de la Administración de no convocar públicamente las plazas de los contratados laborales no fijos a través de Oferta Pública, abierta a todos los ciudadanos, y sí articular convocatorias de funcionarización -por tanto, restringidas- en donde participen fijos e indefinidos a un tiempo.

c) por las razones mencionadas, *de lege ferenda* creemos necesario articular un proceso de funcionarización de este personal. No obstante, también entendemos desacertado jurídicamente que mediante un proceso restringido accedan a la condición de funcionarios, pues supondría en la práctica un fraude de ley, pero también -desacerto en la gestión de los recursos humanos, que no jurídicamente- de que se obligue a estos trabajadores a superar un doble proceso: primero de laboral fijo y posteriormente de funcionario de carrera, mediante un proceso restringido en este último caso. Nuestra opción es que el personal laboral no fijo debe poder participar en un proceso selectivo de concurrencia abierta -no restringida- para acceder a la condición no de laboral fijo sino de funcionario de carrera, en el que el período de servicios prestados como

⁵⁶ La Ley 10/2002 de 17 de diciembre de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de La Rioja regula en su art.17 el proceso restringido de funcionarización del personal laboral indefinido transferido desde el INEM a la Comunidad Autónoma y su integración como funcionario a través de concurso-oposición, así como el derecho de garantía en su puesto para aquellos que no opten a las pruebas selectivas o no las superen, en clara contradicción, pues, con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en cuanto a la estabilidad, relativa, de tales empleados.

⁵⁷ Así nos atrevemos a calificar la opción empleada por la negociación colectiva de la Comunidad de La Rioja. En concreto, a través del Acuerdo de modificación del CC del personal laboral (Res.DG de Empleo de 22-10-2003, BOLRI 30-10-2003) se incorpora una disposición transitoria cuarta al referido texto convencional en virtud de la cual “*el personal laboral indefinido no fijo transferido a la Comunidad (...) pasa a tener con efectos de 5-9-2003 la consideración de personal laboral fijo...*”, amparándose precisamente en el proceso de funcionarización, de tal manera que los trabajadores indefinidos no fijos allí relacionados se integran en nuevas categorías de personal laboral fijo “*a extinguir por funcionarización*”.

laboral no fijo debe valorarse en la fase de méritos (no así la prueba selectiva previa, inexistente en este caso). El procedimiento de selección será, por tanto, el de concurso-oposición. Creemos que así se cohonestarían los legítimos intereses de estos trabajadores con los intereses públicos, evitando un proceso restringido que no creemos ajustado a Derecho, pero también evitando someter a los aspirantes a dos procesos selectivos para la misma plaza. Esta es la opción adoptada por el Decreto 149/2002 de 29 de agosto de funcionarización en la Comunidad de Madrid, en donde se prevé que los trabajadores indefinidos no fijos mantendrán su condición, aunque el puesto que ocupen pase a ser adscrito a funcionario, pero debiendo incorporarse los mismos a la Oferta de Empleo Público correspondiente para su cobertura por personal funcional: finalizado el proceso selectivo, cesarán en sus puestos simultáneamente con la toma de posesión del nuevo funcionario de carrera (art.25.3)⁵⁸.

d) una última consideración merece el momento temporal en que ha acaecido la declaración de indefinido no fijo. Las anteriores reflexiones no pueden extrapolarse indefinidamente en el tiempo y, por consiguiente, habrá que estar en cada caso concreto a lo que haya determinado la jurisdicción. Por consiguiente, podemos localizar trabajadores que hayan lucrado su estabilidad habida cuenta una contratación irregular pero que en el momento en que recayó sentencia ésta determinó que eran fijo; ello sucede en los casos anteriores al cambio de tendencia jurisprudencial del período 1996-1998. A nuestro juicio, tal restricción a la funcionarización debe limitarse a los trabajadores indefinidos no fijos, en tanto que los anteriores, considerados fijos en su caso, no debieran verse afectados por el criterio aquí defendido, y por consiguiente, debería posibilitarse la funcionarización⁵⁹. Y ello no tanto por una cuestión formal del momento y pronunciamiento judicial que haya recaído –porque implicaría también en muchos casos una situación aleatoria- sino por un principio de seguridad jurídica: una negativa a su participación en

⁵⁸ Esta parece ser también la opción recogida por la Administración del Estado, al señalar que el proceso de consolidación del personal laboral indefinido no fijo dependerá de dos factores: *“los puestos del personal declarado por sentencia indefinido no fijo y cuya relación laboral de carácter temporal con la Administración fuera anterior a 2 de diciembre de 1998 serán objeto de consolidación. Cuando se trate de personal que desarrolla funciones equivalentes a las de Cuerpos y Escalas de personal funcionario, el puesto que vinieren ocupando será transformado en un puesto de carácter funcional”* (capítulo XIII, título IV del Acuerdo entre la Administración del Estado y los sindicatos para el período 2003-2004, aprobado por Resolución de 15 de noviembre de 2002 de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas).

⁵⁹ Así parece también formularlo la escasa doctrina teórica que se lo ha planteado, al defender que sí podría participar en el proceso de funcionarización los laborales fijos que adquirieron tal condición por sentencia judicial pronunciada con anterioridad a la nueva tesis del Tribunal Supremo sobre los indefinidos no fijos (RODRÍGUEZ RAMOS, María José: *“La funcionarización...”*, ob.cit., pág.810.)

el proceso supondría replantear judicialmente –lo cual no es posible, dado el principio de cosa juzgada- el vínculo jurídico de aquél que ya, en su momento, fue considerado fijo, aunque ahora pudiera ser considerado –al amparo de la nueva jurisprudencia- indefinido no fijo. En consecuencia, entendemos que debe fijarse un límite temporal al respecto, respetando las situaciones que con anterioridad a la nueva jurisprudencia hayan podido producirse –que son muchísimas- y aplicando exclusivamente la restricción a los pronunciamientos surgidos a partir de 1996 y, sobre todo, a partir de las SSTS de 20 y 21 de enero de 1998⁶⁰.

III. LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL TEMPORAL.

El personal que presta servicios en régimen laboral temporal podrá verse afectado por un proceso funcionarizador, pero del análisis de las normas legales consultadas y de las convocatorias de selección se desprende que como regla general éste queda excluido de tal proceso. Conviene, pues, analizar la corrección de tal exclusión. Nos interesa también establecer como puede afectar al vínculo laboral temporal una modificación de la adscripción del puesto que se ocupa, pasando de laboral a funcionario. La cuestión es ciertamente importante tanto cuando se trate de personal laboral fijo como temporal, por cuanto tal nueva adscripción afecta a los derechos de carrera profesional, promoción, etc..del trabajador no funcionarizado. En este momento únicamente nos referiremos a la afectación del vínculo temporal habida cuenta la regla general antes señalada de imposibilidad de funcionarización.

Finalmente, creemos interesante plantear, como propuesta normativa, una hipotética funcionarización del personal temporal, para aquellos supuestos en donde se dieran las circunstancias precisas y la ley actualmente no lo permite.

III.1.- Exclusión de la participación del personal temporal en los procesos de funcionarización. Legalidad de la exclusión.

⁶⁰ Este criterio parece haber sido adoptado, en otro orden de cosas –el de consolidación del empleo precario- por el Acuerdo Administración estatal-Sindicatos para el período 2003-2004. En concreto, el Acuerdo habilita un proceso de consolidación de los trabajadores indefinidos no fijos, siempre que tal condición haya sido obtenida a partir del 7 de octubre de 1996 –fecha significativa, por esta la primera resolución judicial que anunció la nueva jurisprudencia-, en tanto que los anteriores pasan a ser considerados a todos los efectos, personal fijo.

Definido el personal laboral fijo como aquel que formaliza un contrato de trabajo que carece de una previsión *ab initio* sobre su conclusión, previa superación de un proceso selectivo público en que se hayan acreditado los principios constitucionales y legales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, el personal laboral temporal será aquel que, desde el momento preciso de formalización de su contrato, y previa superación -en la mayoría de los casos- de un proceso selectivo *ad hoc*, tiene estipulado una previsión sobre el plazo, término final, condición resolutoria o cualquier otra circunstancia que pueda conducir a su extinción.

Es evidente que una de las consecuencias de la calificación de un contrato como temporal es que aquella condiciona la aplicación efectiva, o mejor dicho la inaplicación, de un determinado número de normas laborales. Un grupo importante de éstas normas están dedicadas, expresa o implícitamente, al trabajo de carácter fijo, por lo que su virtualidad depende de la continuidad y prolongación en el tiempo de la relación laboral, mediatizando o impidiendo que determinados derechos laborales puedan ser disfrutados por los trabajadores temporales, cual es el caso de la promoción profesional o económica⁶¹.

Como hemos señalado, la DT 15ª de la LMRFP excluye expresamente la participación de los trabajadores temporales en los procesos de funcionarización, al no haber prosperado los intentos legislativos de incluir a aquellos⁶². En este punto debemos analizar si esta exclusión es razonable o, por el contrario, implica una discriminación que atenta al principio de igualdad de trabajadores fijos y temporales.

La cuestión debe plantearse desde la perspectiva de que una hipotética funcionarización del personal laboral temporal lo sería no para adquirir la condición de funcionario de carrera sino la de interino. Con el proceso no se produciría la conversión al primero de los estatus, a todas luces contraria al ordenamiento jurídico, sino a la condición de interinidad funcional⁶³. En este caso,

⁶¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio *et alri*: "Derecho...", ob.cit., pág.501.

⁶² Vid. en este sentido, SAINZ MORENO, Fernando: "El Estatuto...", ob.cit., pág.364.

⁶³ Si bien la doctrina también ha alertado de otra fórmula de funcionarización, que considera una "adulteración doble del sistema de méritos", consistente en contratar temporalmente sin ningún requisito de exigencia, transformar la relación posteriormente en fija mediante pruebas *ad hoc* y luego funcionarizar sin respetar las garantías procedimentales. Vid. MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: "Régimen...", ob.cit., pág.54.

la funcionarización serviría para facilitar al trabajador temporal su acceso a la condición de interino por cuanto en las pruebas selectivas convocadas a tal efecto, la participación en las mismas se vería limitada a quien ostentare la condición de temporal. Centrada la cuestión en estos términos, doctrinalmente no se han planteado dudas sobre esta exclusión⁶⁴ y ciertamente ha sido el criterio adoptado por la legislación estatal, antes mencionada, y la propia promulgada en la mayoría de los casos por las Comunidades Autónomas.

No obstante, el carácter excluyente no aparece conformado de forma absoluta en todas y cada una de las normas consultadas. Al contrario, el empleo de los términos *trabajador* o *personal laboral*, entre otros, sin calificar su condición permanente, puede localizarse tanto en la normativa estatal como en la autonómica. Pese a ello, creemos que una interpretación integral de la normativa confluente a reservar este procedimiento de acceso a la función pública únicamente al personal laboral fijo y en este sentido se pronuncian las convocatorias de procesos selectivos de funcionarización.

Las razones jurídicas que a nuestro juicio deben hacerse valer son las mismas que justifican el recurso al carácter restringido para funcionarizar el personal laboral fijo o que han sido expuestas para justificar la constitucionalidad de las pruebas restringidas, si bien también cabe mencionar determinados argumentos favorables:

a) en favor de la inclusión del personal laboral temporal militaría no sólo la doctrina del Tribunal Constitucional de equiparación de los trabajadores temporales y fijos, sino también la redacción del art.15.6 ET, dada por Ley 12/2001, que establece que los trabajadores temporales (con contrato temporal o de duración determinada) tienen los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida. No se desprende, además, del resto del precepto estatutario una modulación que pueda aplicarse al caso; al contrario, el factor temporal previsto en la DT 15ª LMRFP (esto es, la preexistencia de vínculo el día anterior a la entrada en vigor de la Ley 23/1988) o sus equivalentes autonómicos, vendría a confirmar esta tesis: "*cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del*

⁶⁴ Así, RODRÍGUEZ RAMOS, María José: "*Funcionarización..*", ob.cit., pág.163.

trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualesquiera que sea su modalidad de contratación" (art.15.6, último párrafo, ET).

b) sin embargo, abogamos por la constitucionalidad de la exclusión, a pesar de las previsiones de la legalidad ordinaria laboral, por el propio carácter restringido del proceso de funcionarización y en base a los requisitos exigidos que justifican tal carácter desde la óptica constitucional.

Con mucha dificultad puede razonarse que la funcionarización del personal temporal como proceso restringido, al mismo nivel que el referido al personal fijo, suponga la única vía, excepcional, para resolver una situación también excepcional, mediante un proceso forzosamente transitorio. No obstante, formulándose estos parámetros en el supuesto de personal laboral fijo, podrían darse en hipótesis también en el supuesto de personal temporal, por lo que conviene analizar cada una de las justificaciones.

La primera duda la mantenemos en relación a uno de los requisitos exigibles para la validación de un proceso restringido, cual es que se de una finalidad constitucionalmente legítima, que en el supuesto de la funcionarización quedó fijada -como ya tuvimos ocasión de analizar en la primera parte (capítulo tercero) de esta tesis- en la aplicación de la reforma de la LMRFP dada por la Ley 23/1988 o reformas equivalentes en el ámbito autonómico-, en la eficacia y estabilidad de la Administración Pública y en las garantías de los trabajadores vinculados a aquélla, especialmente en cuanto a la estabilidad en el empleo público.

En este sentido, si la *normalización* de la situación del personal al servicio de la Administración, al objeto de que sea servida por funcionarios de carrera, ha sido considerada una circunstancia legítima (STC 185/1994, FJ 4º.a), difícilmente se dará si el sujeto está vinculado por un contrato no permanente, que no le permitirá en ningún caso acceder a la condición de funcionario de carrera, sino a la de funcionario interino y, por tanto, manteniéndose igualmente el vínculo precario.

Tampoco la eficacia y la estabilidad de la Administración parece correr peligro por la restricción del proceso al personal temporal. Si bien la doctrina del Tribunal Constitucional aceptó las pruebas restringidas dirigidas a interinos y contratados, se trataba de supuestos excepcionales,

circunscritos en su mayoría a la creación de las nuevas funciones públicas autonómicas, en donde la presencia de tales empleados era numéricamente masiva, en tanto que en la funcionarización, no se dan idénticas circunstancias, sino que el régimen ordinario será el de trabajador fijo; en consecuencia, los valores -protegibles también en sede constitucional- de cualificación profesional, experiencia y formación no se verán mermados como sí sucedería si no se permitiera el acceso restringido al personal fijo.

Pero, por último, y quizá como dato más relevante, será el principio de estabilidad en el empleo como finalidad constitucionalmente legítima y que ampara la funcionarización como proceso restringido, el que aparece ausente en el supuesto del personal laboral temporal. Las SSTS 20-6-1996 y 25-10-1997 entendieron que el personal laboral fijo goza de "*absoluta estabilidad en el empleo*" (FJ 4º STS 20-6-1996), de tal manera que si el proceso de acceso a la condición de funcionario no fuese restringido se daría una posible duplicidad en el empleo, si el aspirante seleccionado fuese persona distinta al trabajador fijo que ocupaba la plaza reconvertida. Es evidente que esta circunstancia no acontece en el supuesto de personal laboral temporal, cuya "*absoluta estabilidad*" es inexistente, criterio que se refuerza por el hecho de que la modalidad de contrato de interinidad prevé como causa específica de finalización la cobertura de la plaza ocupada de forma interina (art.4.2.b Real Decreto 2720/1998). Y si el ATC 858/1985 razona que el contrato de trabajo en la Administración "*garantiza a los trabajadores una situación jurídica laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente necesariamente con la existente en el sector privado*", tal tesis es difícilmente aplicable a los trabajadores temporales, que no han visto modulado su vínculo con la Administración por un criterio de tal alcance.

Por ello, entendemos que las finalidades exigidas en sede constitucional para que sea válido un proceso restringido no se predicán en el supuesto de personal laboral temporal, o cuanto menos en la gran mayoría de los casos y de ahí que consideremos ajustado a derecho su exclusión en el actual marco legal regulador de los procesos de funcionarización⁶⁵, incluso en los supuestos en que pudiera aplicarse la presunción de fijeza que prevé el art.15 del ET para el caso de

⁶⁵ Este mismo criterio parecía ser mantenido por el Dictamen 1/2000 del Consejo Económico y Social de Canarias de 8 de febrero de 2000, según el cual, aunque la DT 15ª LMRFP no tiene el carácter de norma básica, es cuestionable una interpretación amplificadora del ámbito subjetivo de la funcionarización que pudiera abarcar al personal temporal, pues sería tanto como abrir una "*puerta falsa*" en el acceso a la función pública, permitiendo incrementar las razones que dudan de la legalidad y viabilidad de procesos restringidos como el aquí estudiado (pág.27).

irregularidades, porque tal presunción es *iuris tantum*⁶⁶ y, en caso de desvirtuarse la misma, reconduciría el vínculo a una relación laboral indefinida no fija.

III.2.- Afectación del vínculo laboral temporal por un proceso de funcionarización.

Cada proceso de funcionarización que se inicie tendrá su origen en la decisión adoptada por el órgano competente de la Administración Pública, previos los trámites reglamentariamente oportunos, de adscribir uno o varios puestos de trabajo, comprendidos en las RPT y definidos previamente como de personal laboral, a personal funcionario.

Esta adscripción, que la ley -cuanto menos la estatal, DT 15ª LMRFP y la mayoría de las autonómicas, como ya tuvimos ocasión de analizar- impone que en ningún caso implicará "*el cese del laboral*" que lo ocupare, no depende de la condición de fijo o temporal del trabajador que desempeñe el puesto. La adscripción podrá efectuarse ocupando el puesto un trabajador fijo, un trabajador temporal o, incluso, estando vacante aquél.

Planteado el supuesto de adscripción de un puesto de trabajo a personal funcionario y que aquél estuviera ocupado por un trabajador con contrato temporal, nos hallamos ante la cuestión de cómo afecta la nueva adscripción a su relación jurídica. Referida la contratación laboral temporal de la Administración Pública fundamentalmente a los contratos causales del art.15 del Estatuto de los Trabajadores, estos serán los que más dudas pueden originar, junto a los contratos de fomento del empleo que aún perviven -los de trabajadores minusválidos⁶⁷- o los contratos formativos, que se hubieran formalizado vinculados a un puesto de trabajo específico.

Ello nos permite desechar de nuestro estudio jurídico los contratos temporales formalizados *extra*

⁶⁶ En este sentido, negando la posibilidad de funcionarización, la SAN 15-1-2002: "*la fecha que debe tenerse en cuenta es (...) el 30 de julio de 1988 (...) no cabe sostener lo contrario en base en la presunción legal acerca de la naturaleza indefinida de la relación laboral establecida en el art.15 del ET, ya que tal presunción no resulta de aplicación (...) cuando se acredita la existencia de un contrato temporal (FD 4º).*

⁶⁷ Concluidos los plazos temporales de las sucesivas reformas laborales que sobre el contrato temporal de fomento del empleo se han sucedido, la única modalidad de contrato de este tipo que puede formalizarse en estos momentos, o pervivir, es de trabajadores minusválidos. Las cifras del INEM acreditan su muy escasísimo empleo (frente a los 2.317.315 contratos realizados en 1990 -época de máxima flexibilidad en las exigencias para formalizarlos-, en 1997 se hicieron 45.070, 25.332 en 1998 y 5.730 en 1999) Se regulan en la DA 3ª de la Ley 12/2001 en relación a la DA 6ª de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre y art.44 de la Ley 42/1994 de 30 de diciembre.

muros de la plantilla y de la RPT, por cuanto si bien la formalización de los contratos de personal laboral fijo requerirá que los correspondientes puestos figuren detallados en las RPT (art.15.1.f LMRFP), no sucede así con los contratos de duración determinada que tengan por objeto realizar tareas de carácter no permanente, requisito de *detalle* no obligatorio (art.15.1.f, in fine, LMRFP).

Fundamentalmente interesa establecer si la modificación de la RPT mediante la adscripción de un puesto laboral a funcionario es causa suficiente para la extinción del contrato de trabajo temporal o si, por el contrario, este debe permanecer vigente hasta su finalización reglamentaria.

En este sentido, creemos que la respuesta dependerá del carácter que otorguemos al proceso de reconversión del puesto de laboral en funcionarial, a través de la correspondiente modificación de la RPT:

a) una primera tesis indica que tal proceso supone la amortización del puesto de laboral y la creación de uno de nuevo, de idéntico perfil, pero adscrito a funcionario. Así, para la STSJ Murcia 28-7-1995 supone una "*evidente amortización la conversión de una plaza laboral en funcionarial cuando ello perjudica el derecho de reingreso de un trabajador*" (FJ único) –en una doctrina que es acogida en tiempos más recientes por la STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000- y para el Consejo Económico y Social de Canarias, se extingue el puesto de personal laboral y desaparece por ello la causa que dio origen a la contratación de empleado temporal, cual era la existencia de una vacante en la plantilla de trabajadores⁶⁸.

Efectivamente, la ley permite a la Administración proceder a la amortización de un puesto de trabajo de personal funcionario o laboral. Tal situación, en el supuesto de personal laboral, traerá unas consecuencias en el orden social, que en el supuesto de la extinción del vínculo laboral fijo o de un contrato temporal antes de su vencimiento dará lugar a la correspondiente indemnización, si bien cuando se trate de un contrato de interinidad por plaza vacante, la jurisprudencia acepta tal extinción como procedente (*Vid.* SSTs 9-6-1997 y 27-3-2000). Desde esta perspectiva, si el proceso de funcionarización supusiera que tal transformación del puesto de laboral a funcionarial se catalogara de "*amortización*", el vínculo podría extinguirse sin dificultad y como ha estimado la doctrina judicial, sin derecho a indemnización –que pudiera derivarse del

⁶⁸ Dictamen 4/2001 de 30 de noviembre del Consejo Económico y Social de Canarias (apartado 3.5.3.a, pág.32).

art.51 o 52.c del ET- sino por causas reconducibles al art.49.1.b y c de la norma estatutaria laboral, por su naturaleza de interinidad por vacante (STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000).

b) esta tesis, sin embargo, no fue acogida por la STSJ Aragón 30-6-1994. Si bien el supuesto de hecho supuso la transformación de una plaza laboral cubierta interinamente por tener el trabajador titular derecho de reserva de puesto de trabajo, procediendo la Administración al cese del trabajador interino y el nombramiento de funcionario interino en persona distinta al primero, la conclusión es extrapolable también a plazas cubiertas hasta finalización del proceso de selección. Específicamente, el cese se consideró como despido improcedente, por cuanto *"mientras no se produzca la reincorporación de la sustituida se mantendrá la vigencia de dicho contrato, con total independencia del distinto título jurídico que amparó sucesivamente el derecho a la reserva del puesto de trabajo -excedencia forzosa o situación de servicios especiales- por ser en ambos casos idéntico el resultado obstativo de su reincorporación..."*⁶⁹.

Entendemos que tal criterio se ve reforzado por el propio alcance de los términos *"amortización"* o *"supresión"* de un puesto en el ámbito de la función pública y en el específico marco de las RPT, que no subsumen en ellos el proceso singular de conversión de un puesto de laboral a funcionario o a la inversa.

En este sentido, la DT 15ª LMRFP se refiere a *"la adscripción de un puesto de trabajo en las correspondientes relaciones a personal funcionario no implicará el cese del laboral..."* por lo que es evidente que amortizar comporta suprimir el puesto, en tanto que la funcionarización no conlleva tal circunstancia, sino el cambio de adscripción jurídica pero el mantenimiento de tal puesto en la plantilla de la entidad pública; así, p.ej., la legislación de función pública catalana distingue entre *"amortización"*, *"transformación"* y *"modificación sustancial"* de una plaza (art.56.2 LFP Cataluña) en tanto que el art.15.1.d LMRFP distingue entre *"creación"*,

⁶⁹ El Consejo Económico y Social de Canarias, en el mencionado Dictamen 4/2001, considera tal posición como errónea, aunque califica la tesis que la sustenta como *"criterio interpretativo extensivo"*; razona el Consejo que de aplicarse, el contrato de interinidad se mantendría vigente hasta la provisión definitiva del puesto, ya fuera a través del procedimiento de provisión de puestos de trabajo, promoción interna o selección (apdo.3.5.3.b, pág.33). Por lo demás, el CES de Canarias entiende que una norma autonómica que permitiera al interino laboral, en plaza funcionarizada, continuar con la prestación de servicios, invadiría la competencia estatal para regular la contratación temporal, razonando que tal regulación permitiría calificar a los trabajadores temporales así afectados como indefinidos no fijos (apdo.3.5.3.b, pág.33).

"*modificación*", "*refundición*" y "*supresión*". Por todo ello, la funcionarización de un puesto de trabajo no puede catalogarse técnicamente de amortización del referido puesto de laboral y creación de uno de nuevo como funcionarial, sino como una "*transformación*" o "*modificación*" del original, como así también ha sido acogido, en un proceso de funcionarización, por la STSJ Murcia 2-5-2000, que califica a tal proceso como "*una transformación de plazas de similares características a la que ocupaba el actor en plazas de funcionarios*" (FJ 2°).

Por todo ello, creemos más adecuada la solución que aporta la propia DT 15ª de la LMRFP y acogida en tal sentido por la escasísima doctrina teórica que se ha planteado la cuestión. La LMRFP no distingue, en este aspecto, entre fijos y temporales -como si lo hace al establecer quien puede optar al proceso de funcionarización-, al prescribir que "*la adscripción de un puesto de trabajo en las correspondientes relaciones a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional*".

Es bien cierto que tal redacción se enmarca en una regulación de la funcionarización dirigida al personal fijo, pero también es evidente que no distinguiendo en este párrafo, puede acogerse favorablemente la tesis de que el personal temporal podrá permanecer en su puesto hasta la finalización del proceso selectivo y nombramiento de funcionario público o la reincorporación del titular con derecho de reserva⁷⁰; razonamiento que, por lo demás, reforzaría la constitucionalidad de la exclusión del personal temporal de los procesos de funcionarización, al no darse tampoco el supuesto de necesidad o garantía de los servicios públicos que, en casos excepcionales, pudiera permitir un proceso "*ad hoc*" como el aquí estudiado.

III.3.- ¿Es posible la funcionarización del personal laboral temporal?

Creemos interesante plantear, *de lege ferenda*, una hipotética concurrencia de personal laboral

⁷⁰ En el mismo sentido se manifiestan CAMPS RUIZ ("*La contratación...*", ob.cit., pág.88) y MAURI MAJÓS ("*La selecció...*", ob.cit., pág.124, nota a pie de página 163). Es la fórmula que adoptan algunas disposiciones, como el Decreto 34/1993 de 23 de abril del Gobierno de Cantabria que adscribe provisionalmente a los temporales en estos puestos reclasificados o el Decreto 29/1994 de 7 de marzo de la Comunidad de Extremadura que prevé un principio de continuidad en la relación laboral temporal del trabajador que ocupa el puesto funcionarizado si "*mediante modificación contractual y sin menoscabo de la legislación laboral vigente puede continuar desempeñando sus funciones hasta la provisión reglamentaria del puesto por funcionario*" (art.8.3, *in fine*).

temporal a los procesos de funcionarización -lo que en la E.M. de la Ley 9/1997 de 22 de diciembre de las Islas Baleares se denomina buscar "*una salida*" para este colectivo-, su viabilidad y consecuencias jurídicas si en teoría se dieran las circunstancias exigidas por la doctrina constitucional.

Como ya hemos señalado, la DT 15ª de la LMRFP, si bien establece que la adscripción de un puesto a personal funcionario no implicará el cese del laboral que lo desempeñe, reserva exclusivamente al personal laboral fijo la posible participación en las pruebas selectivas de acceso a los Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos los correspondientes puestos. Tal como se ha indicado anteriormente, creemos que esta exclusividad es correcta, por cuanto al configurarse la funcionarización como un proceso excepcional justificado por razones también excepcionales, no parece plausible que el personal laboral temporal, que no goza de estabilidad en el empleo, pueda participar en procesos en donde la libre concurrencia no se da, a fin de alcanzar la condición de funcionario de carrera.

Por otro lado, sentado que el vínculo laboral temporal no se ve afectado por la modificación de la adscripción a funcionario de un puesto, plantearse tal funcionarización tendrá una finalidad orientada a una mejor gestión integral de los recursos humanos, que evitase disfunciones jurídicas entre puesto de trabajo y titular⁷¹.

Se trataría de establecer una funcionarización *singular*, dirigida al personal laboral temporal y cuyo objetivo supusiera su nombramiento como funcionario interino. A este respecto, tres serían las posibles alternativas que el legislador podría plantearse a la hora de normar un proceso de este tipo:

- un proceso selectivo de funcionarización *ad hoc*, al cual sólo pudieran concurrir los trabajadores temporales cuyo puesto se hubiera reconvertido en funcionarial, con la finalidad de obtener la condición de funcionario interino que les permitiera continuar en su puesto de trabajo

⁷¹ Finalidad radicalmente distinta a la denunciada por la doctrina encaminada -incluso bajo la apariencia de voluntariedad- a transformar contratos temporales irregulares en nombramientos de funcionarios interinos para así enervar las consecuencias de tal infracción y, a la vez, mantener el vínculo precario con idéntico empleado. Vid. BARREIRO GONZÁLEZ, Germán: "*Trabajadores temporales al servicio de la administración local: conversión en funcionarios*". AL núm.3/2000, págs.41-43.

inicial.

- un proceso selectivo libre, en donde se valorasen los méritos del trabajador temporal, en especial aquellos vinculados a los servicios prestados en la Administración Pública.

- el nombramiento directo como funcionario interino de aquel trabajador cuyo puesto se hubiera funcionarizado, asumiendo que habiendo superado en su momento el proceso selectivo para adquirir la condición de laboral temporal, procede directamente su nombramiento como funcionario interino.

La tercera de las opciones ha sido acogida por diversas leyes autonómicas, como es el caso de Castilla-La Mancha, Madrid o Baleares, de tal manera que se prevé el *cese* del trabajador temporal y se habilita un proceso muy singular de funcionarización, en el que se reconoce al trabajador temporal el *derecho* a ser nombrado funcionario interino en el puesto reconvertido, previa solicitud -en el plazo de 10 días a contar desde el cese-, siempre y cuando reúna el interesado los requisitos oportunos para el puesto (Castilla-La Mancha⁷²) o se impone la extinción del contrato de trabajo temporal, cuyo titular pasará a ser nombrado, sin solución de continuidad, como funcionario interino si reúne los requisitos necesarios para ello (Madrid⁷³ o Baleares, ésta última sin mención alguna a los requisitos⁷⁴).

No podemos obviar la premisa de que el acceso a la condición de funcionario interino debe

⁷² DT 2ª de la Ley 3/1988 de FP de Castilla-La Mancha, según redacción dada por Ley 1/1999 de 4 de marzo.

⁷³ DT 10ª.6 LFP Madrid, añadida por Ley 18/2000 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas. *In extenso*, el art.25 del Decreto 149/2002 de 29 de agosto de funcionarización de la Comunidad de Madrid establece un detallado régimen, que básicamente consiste en: a) si el puesto es funcionarizado, el personal temporal cesará en su relación jurídica, siendo nombrado sin solución de continuidad –si cumple los requisitos para ello- funcionario interino; b) si el contrato temporal es de interinidad por sustitución de trabajador con reserva de plaza, también verá resuelto su contrato de trabajo y nombrado funcionario interino si el titular se funcionariza, no así si el titular continua siendo trabajador; c) en el supuesto anterior, si finaliza la causa de suspensión, el trabajador temporal verá resuelto su contrato y nombrado funcionario interino hasta la provisión de la plaza por los procedimientos reglamentarios.

⁷⁴ Art.8 *in fine* Ley 9/1997 de 22 de diciembre de Medidas tributarias y administrativas: "*si alguno de estos supuestos está ocupado por personal laboral con contrato de carácter temporal, se rescindiría dicho contrato y se concederá al personal que lo ocupe la posibilidad de su nombramiento como funcionario interino del Cuerpo o Escala en que se reconvierta su categoría*". En idéntico sentido, art.32 de la Ley 20/2001 de 21 de diciembre de medidas tributarias, administrativas y de función pública, al prever tal régimen en los procesos de funcionarización en los conservatorios de música y danza de la Comunidad.

cumplir los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad⁷⁵: todas las recomendaciones de la doctrina científica y los pronunciamientos judiciales o de los Defensores de Pueblo se orientan en este sentido⁷⁶. No parece, del tenor literal de la norma, que los términos *procedimiento* y *selección* del art.27.1 *in fine* del Reglamento estatal de Ingreso permitan desconocer -pese a la referencia también existente a la "*máxima agilidad en la selección*"-, un procedimiento mínimo en donde se acrediten los referidos requisitos. Por ello, el nombramiento directo -que por otro lado aparece previsto por alguna norma autonómica para supuestos excepcionales⁷⁷ o para su funcionarización (Madrid, Castilla La Mancha) y sobre el cual se han manifestado dudas sobre su constitucionalidad⁷⁸ - no nos parece el sistema más acorde con la legalidad constitucional. Salvo supuestos muy excepcionales, creemos más adecuado un nuevo proceso de selección para nombramientos interinos en los que puedan participar los trabajadores temporales en plaza funcionarizada.

Cuestión diferente -como alternativas apuntadas al inicio- es la limitación de participación sólo al personal laboral temporal o, por el contrario, la apertura de la convocatoria a todos los ciudadanos que reúnan los requisitos.

Una primera aproximación al debate permitiría señalar la posible opción por una convocatoria

⁷⁵ Así lo reconocen para el ámbito estatal, el art.27.1 del Reglamento General de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado (R.D.364/1995 de 10 de marzo) y la Orden de 28-2-1986 de selección de personal interino. En idéntico sentido, la normativa autonómica. *Vid.*, art.125.1 LFP Cataluña: "*el personal interino y el personal contratado laboral temporal ha de ser seleccionado mediante convocatoria pública que garantice los principios enunciados en los artículos 23.2 y 103. de la Constitución*".

⁷⁶ Entre otros, cabe señalar que el Informe Anual de 1993 del Ararteko (Defensor del Pueblo del País Vasco) recogía la recomendación general de hacer extensivas a la realidad práctica de los procesos selectivos de personal interino y temporal, los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, más las garantías formales o procedimentales que redundan en una efectiva salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷⁷ Así, si bien el personal interino de la Generalitat de Cataluña debe ser nombrado mediante convocatoria pública que respete los principios de los arts.23.2 y 103.3 CE, "*excepcionalmente, por causa de urgencia apreciada por la Administración, se puede nombrar personal interino (...) directamente, sin necesidad de convocatoria*" (art.125.2 de la LFP Cataluña). También en el ámbito local catalán, el art.98.1 RPSELC, al establecer que "*se puede nombrar personal interino sin observar el trámite de convocatoria pública cuando se trate de la provisión de puestos de trabajo para los cuales exista máxima urgencia, que se ha de fundamentar...*", si bien por un plazo máximo de tres meses (art.98.2). No obstante, debemos señalar que este último precepto del RPSELC ha sido declarado nulo por la STSJ Cataluña de 11-6-2002, pero por una razón menor: la no exigencia de que tales nombramientos no sean publicados en el BOP y en el DOGC, así ordenado sin embargo por la Ley Municipal de 1987 por la actualmente vigente de 2003.

⁷⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: "*Marco...*", *ob.cit.*, pág.84, que manifiesta su "*muy dudosa constitucionalidad*", salvo en supuestos tan excepcionales en los que la convocatoria sea materialmente imposible.

restringida, al amparo de las previsiones reglamentarias de selección de interinos, que estipulan - para el ámbito estatal- que serán de aplicación supletoria en estos procesos las normas de selección de los funcionarios de carrera, en cuanto resulte adecuado a su naturaleza (art.27.3 Reglamento General de Ingreso), lo que por otro lado evitaría conflictos sobre prioridades en las plazas derivadas de listas de espera, bolsas de trabajo u otros instrumentos preexistentes.

Siguiendo esta lógica, dado el régimen actual de la contratación temporal esta habilitación excepcional debería limitarse a los trabajadores con contrato de interinidad (art.15.1.c ET), factibles en todos los casos cuando se encuentren cubriendo plaza vacante en proceso de selección y únicamente cuando previamente se haya funcionarizado su titular cuando el contrato interino lo sea por sustitución de trabajador con derecho de reserva⁷⁹.

Sin embargo, no obstante lo dicho, creemos también que al amparo de la actual legislación de función pública y del tenor literal de la DT 15ª LMRFP la aplicación supletoria señalada chocaría con la doctrina constitucional que ha entendido que, en los supuestos de pruebas restringidas de acceso a la función pública la interpretación de las normas debe hacerse restrictivamente, de tal manera que entre dos posibles interpretaciones debe optarse por aquella más acorde al texto constitucional. Así, limitada la participación al personal laboral fijo, el procedimiento restringido no puede aplicarse, a nuestro juicio, al personal laboral temporal⁸⁰, por incumplimiento de lo que ha venido a denominarse "*requisito fundamental de carácter personal*" (STC 4/1993 y STC 151/1992), salvo que una norma legal así lo permita ante supuestos excepcionales.

Por ello, a nuestro juicio, en teoría la opción más adecuada -en una hipotética propuesta *de lege ferenda*- sería que la ley articulase un proceso selectivo, no restringido, en donde pudieran valorarse como méritos aquellas pruebas que en su momento se realizaron para acceder a la condición de laboral temporal, así como el período de servicios prestados en tal régimen

⁷⁹ Así muy acertadamente lo prevé la DT 2ª Ley FP Castilla-La Mancha (nueva redacción según Ley 1/1999): "*lo previsto en el párrafo anterior no será de aplicación al personal laboral que se encuentre vinculado por un contrato temporal de interinidad por sustitución, en cuyo caso, la adopción de dicha medida quedará vinculada a la que adopte el trabajador sustituido*".

⁸⁰ En diferentes circunstancias, pero aleccionadoras a nuestro supuesto, la STC 151/1992 considero no procedente una convocatoria restringida dirigida a "*funcionarios de empleo interinos*" cuando la previsión de aquella en la norma estatal era para los "*contratados administrativos*" (FJ 4º).

temporal e, incluso, la experiencia profesional en las funciones y tareas propias del puesto convocado⁸¹, por lo que el procedimiento podrá ser el concurso o el concurso-oposición.

Tal proceso supondría la normalización del vínculo jurídico del laboral temporal que ocupa un puesto de funcionario, evitando así disfunciones de régimen jurídico. Sin embargo, esta posibilidad -a nuestro juicio, la más acorde con la doctrina constitucional- chocaría con la garantía de permanencia del vínculo laboral si el trabajador no supera las pruebas o no se presenta a ellas, tal como anteriormente ya hemos señalado, con la consiguiente duplicidad de empleados para el mismo puesto. Por ello, únicamente será posible articular tal posibilidad mediante una regulación legal que a la vez que prevea el procedimiento selectivo también establezca como causa de extinción del contrato temporal la no superación del proceso selectivo o la no participación, como así se ha planteado en alguna norma autonómica⁸². Competencia legislativa que en todo caso sólo corresponde establecer al legislador estatal -y no al autonómico-, como sí materializan -a nuestro juicio, infringiendo una competencia exclusiva del Estado- las leyes de Castilla-La Mancha y Madrid, al amparo del art.149.1.7 CE⁸³.

IV. TRABAJADORES SUSCEPTIBLES DE PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE FUNCIONARIZACIÓN EN FUNCIÓN DE LA PRESTACIÓN O NO DE SERVICIOS.

Establecida nuestra tesis de que únicamente el personal laboral fijo puede participar en los

⁸¹ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional al razonar que la ampliación de la convocatoria a un colectivo no previsto expresamente por la Ley conlleva "*la quiebra del repetido principio básico de convocatorias públicas y libres*", si bien es perfectamente factible la celebración de un proceso selectivo cuyas bases prevean que "*en el desarrollo de las correspondientes pruebas selectivas de acceso puedan valorarse los servicios efectivos prestados por esos funcionarios interinos*", aunque en todo caso no incurriendo en "*arbitrariedad*" e "*incompatibilidad*" con los principios de mérito y capacidad (STC 151/1992, FJ 5º).

⁸² La DT 2ª del Decreto 34/1993 de 23 de abril del gobierno de Cantabria adscribe provisionalmente a los contratados temporales a los puestos de funcionarios "*con obligación de presentarse a la primera prueba de acceso que para acceder a tal condición se convoque*".

⁸³ Art.149.1.7 CE: "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas*". Con un razonamiento parecido, el Dictamen del CES de Canarias 4/2001 entendió que el Parlamento canario infringiría tal competencia exclusiva si autorizara el mantenimiento de un contrato de interinidad en un puesto funcionarizado, dado que a su juicio, al faltar la vacante, faltaría el presupuesto de hecho que prevé el art.15 del ET, y tal regulación es competencia exclusiva del Estado (apdo.3.5.3, págs.32-33). Aunque no compartimos tal posición negativa -la jurisprudencia ha validado contratos de interinidad en plaza funcional-, sí que lo hacemos en cuanto a que la regulación de la contratación temporal, y su extinción en este caso, es competencia estatal y no autonómica.

procesos de funcionarización, la normativa establece una segunda condición, luego matizada para suspensión contractual: este personal deberá hallarse "*prestando servicios en la Administración del Estado y sus Organismos autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social*" (DT 15ª.2 LMRFP). Idéntico esquema se plantea en la normativa autonómica. Ello nos permite acotar el análisis de los sujetos susceptibles o no de funcionarizar en tres grandes bloques:

- a) "*personal laboral fijo que....se hallare prestando servicios en la Administración...*".
- b) trabajadores en situación de suspensión contractual, con reserva de puesto de trabajo.
- c) trabajadores en situación de suspensión contractual, sin reserva de puesto de trabajo.

IV.1.- Personal laboral fijo que se hallare prestando servicios en la Administración Pública.

En primer lugar se hace preciso estudiar si tratándose la LMRFP de una norma de rango legal reguladora, fundamentalmente, del régimen jurídico de los funcionarios públicos, los conceptos por ella empleados deben ser interpretados, en todo caso, desde la perspectiva administrativa.

Esta posibilidad debemos rechazarla cuando nos refiramos al personal laboral. Ciertamente es que la LMRFP y otras leyes autonómicas reguladoras de la función pública modalizan la relación laboral en el ámbito del empleo público, pero ello no impide que los trabajadores al servicio de la Administración, con las consideraciones oportunas establecidas legal y jurisprudencialmente, se rijan por la legislación laboral "*que les será plenamente aplicable*" (art.7.1. LFCE).

De un análisis de la regulación administrativa y de la laboral puede concluirse que los términos *servicio activo, prestación de servicios, hallarse prestando servicios* u otros similares tienen un contenido y alcance diferentes en cada ámbito.

A lo largo de su existencia, la relación de servicios del funcionario con su Administración puede verse afectada por todo un conjunto de circunstancias. Las situaciones administrativas serían aquellas situaciones en que puede encontrarse el funcionario público, caracterizadas por no extinguirse la relación de servicio y resultar afectada tan sólo la relación orgánica⁸⁴.

⁸⁴ MANZANA LAGUARDA, Rafael: "*Situaciones administrativas de los funcionarios públicos*". Ediciones RGD. 547

Como regla general, el funcionario desempeña el puesto de trabajo que le corresponde en función de una adscripción que se ha producido por alguno de los procedimientos legales y reglamentarios, puesto descrito en la RPT. A este estado se le denomina situación de servicio activo y es el único en el que el funcionario goza de todos los derechos, prerrogativas, deberes y responsabilidades propias de su condición de funcionario⁸⁵.

No obstante, la situación de servicio activo no comporta siempre la prestación efectiva de servicios por parte del funcionario público sino que, en ocasiones, por asimilación, puede faltar esa prestación o hacerlo parcialmente sin que ello impida la consideración de encontrarse en servicio activo. Entre estos supuestos pueden mencionarse las vacaciones, las licencias, los permisos reglamentarios, la suspensión provisional de servicios, la comisión de servicios, las dos primeras fases de la reasignación de efectivos, etc.

De no encontrarse en servicio activo, el funcionario deberá estarlo en alguna de las otras situaciones administrativas: servicios especiales, servicio en comunidades autónomas u otras administraciones, expectativa de destino, excedencia forzosa, excedencia para el cuidado de un hijo o un familiar, excedencia voluntaria, suspensión de funciones o segunda actividad⁸⁶.

Todas estas situaciones no tienen una traslación mimética a instituciones propias del contrato de trabajo⁸⁷, destacando entre ellas, la situación de servicio activo. El amplio contenido de esta situación, a la que se asimilan no solamente la prestación efectiva de servicios en un puesto previsto en la RPT sino todo un conjunto diverso de supuestos de hecho dispares (p.ej., la comisión de servicios), hace que no pueda equipararse una hipotética situación homóloga en el Derecho del Trabajo.

Valencia, 1998, págs.9-10.

⁸⁵ MANZANA LAGUARDA, Rafael: "*Situaciones...*", ob.cit., pág.29.

⁸⁶ Este último supuesto previsto para los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y algunos otros cuerpos de funcionarios (bomberos catalanes y valencianos; servicio de vigilancia aduanera y personal estatutario del Centro Nacional de Inteligencia).

⁸⁷ El ejemplo más significativo sería la excedencia forzosa funcional que ninguna coincidencia guarda con la excedencia forzosa prevista en el ET.

Por ello el alcance de la expresión "*se hallare prestado servicios en la Administración...*" de la DT 15ª LMRFP debe interpretarse desde la lógica del Derecho del Trabajo, tanto porque nos estamos refiriendo a trabajadores, que todavía no han asumido la condición de funcionarios, como por la imposibilidad de trasladar el concepto de *prestación de servicios* de la norma administrativa al ámbito laboral.

El Estatuto de los Trabajadores define al trabajador como aquel que, voluntariamente, presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de un empresario (art.1.1 ET), que es el que recibe la citada prestación de servicios (art.1.2 ET), debiendo cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo (art.5.a ET), entre ellas la prestación de servicios. Esta prestación se configura como una prestación de hacer que es voluntaria, personal, dependiente, por cuenta ajena y continuada. Por consiguiente, los servicios a que se refiere la DT 15ª de la LMRFP deberán cumplir los mencionados requisitos.

No obstante lo anterior, la prestación de servicios puede verse interrumpida por diversas causas, ya sea por voluntad del trabajador, del empresario o por fuerza mayor. También puede producirse la *suspensión* de la prestación, con un alcance diferente a la *interrupción* antes mencionada. Por consiguiente, la prestación laboral debe conciliarse con la existencia de supuestos en los que, aun transitoriamente, estén ausentes las principales consecuencias de la relación laboral.

La DT 15ª, con la expresión "*se hallare prestando servicios*" no define el mayor o menor alcance de estos servicios. Se debe acudir al último párrafo de su apartado segundo para observar que distingue tales servicios de las situaciones de suspensión con reserva de puesto (arts.45.1 y 48 ET). Ello impone una primera distinción, por lo que aquellos últimos no tienen cabida en la citada expresión.

Así, *hallarse prestando servicios* comportará inexcusablemente que el contrato de trabajo está vivo, activo de forma plena: trabajador y Administración se encuentran vinculados por las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo.

En segundo término, debe dilucidarse si esta prestación de servicios implica la exclusión de circunstancias en las cuales no se de una de ambas obligaciones, sin que ello comporte la

existencia de situación suspensiva del contrato; esto es, la existencia de una interrupción en el contrato de trabajo, supuesto en el que el principio de reciprocidad de las obligaciones queda malparado al subsistir sólo la propia del empleador⁸⁸. Dos son los grupos de interrupciones a los que debemos referirnos, las normales y las ocasionales.

Las interrupciones normales o meras interrupciones a lo largo de la relación laboral (descanso diario, semanal y anual) habida cuenta su naturaleza y finalidad (limitación de la jornada de trabajo en el primer caso y posibilitar el descanso, en los otros dos) no deben ser tenidas en cuenta en el presente estudio.

Mayor detalle merecen las interrupciones ocasionales o no periódicas, generalmente imprevistas y de escasa importancia, que únicamente afectan a la prestación del trabajador (no hay prestación de servicios) pero no en la del empresario (se mantiene la retribución). Estas interrupciones sí que deben ser objeto de nuestro estudio al objeto de analizar si pueden afectar a los sujetos activos participantes en el proceso de funcionarización.

Nos referimos al permiso por matrimonio (art.37.3.a.ET), nacimiento de hijo (art.37.3.b ET), enfermedad grave o fallecimiento de parientes (art.37.3.b ET), traslado de domicilio habitual (art.37.3.c ET), cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal (art.37.3.d ET), funciones sindicales o de representación (art.37.3.e ET), exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto (art.37.3.f ET) y lactancia del hijo menor de nueve meses (art.37.4 ET). Aunque la mayoría son de escasa duración, el permiso de matrimonio y las funciones sindicales o de representación pueden llegar a alcanzar una mayor duración.

Características de todas ellas son fundamentalmente la configuración de un derecho del trabajador que comporta una vicisitud, tasada en su causa, en el contrato de trabajo que da lugar a la breve exoneración del deber de trabajar y el mantenimiento de la retribución. Pese a la ausencia de servicios efectivos, estas interrupciones se asimilan, "*en muchas ocasiones*" y "*sin más*" a tiempo trabajado⁸⁹, a determinados efectos, tales como antigüedad, indemnizaciones en

⁸⁸ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: "*Los permisos retribuidos del trabajador. Régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo*". Aranzadi Editorial. Valencia, 1999, pág.25.

⁸⁹ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: "*Los permisos...*", ob.cit., págs.30-35.

función del tiempo de servicios prestados, etc..., si bien tal asimilación no es total.

Estas excepciones no vienen establecidas legalmente, si bien la doctrina las interpreta muy restrictivamente, ciñéndolas al ámbito de la no consideración como accidentes de trabajo de los que se produzcan *in itinere* o durante el disfrute del permiso⁹⁰. Por consiguiente su disfrute no desvirtuará la prestación de servicios en la Administración exigida por la DT 15ª de la LMRFP y a todos los efectos los trabajadores afectados podrán, también, participar en los procesos de funcionarización.

IV.1.1.- Una funcionarización especial: los trabajadores a tiempo parcial.

Una última circunstancia ha sido objeto de conflictividad en el ámbito de los procesos de funcionarización, cuál es la del trabajo a tiempo parcial, la de los trabajadores fijos con una relación laboral fija discontinua o, en menor medida, trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la Administración, que forman parte –estos últimos- de la tipología de contratos a tiempo parcial. La dificultad de su encaje con un vínculo funcional de igual tipo –no existente- ha supuesto que muchos procesos de funcionarización los hayan excluido; las razones de discriminación alegadas por los afectados no parecen haber sido resueltas favorablemente⁹¹, siendo por tanto así que por lo común las Administraciones se amparan en las previsiones legales (que los excluyen de la funcionarización, al no adscribir sus puestos a funcionarios). A nuestro juicio, tal exclusión parece lógica, en vista de los siguientes criterios:

En primer término porque, habida cuenta que este es, junto al personal de naturaleza no permanente, el primer supuesto de excepción a la regla general de cobertura por funcionarios que prevé el art.15.1.c de la LMRFP, seguido en este sentido por la casi totalidad de las leyes autonómicas. La norma establece, en consecuencia, que la fórmula adecuada de prestación de servicios en este caso es la laboral, ya sea al amparo del art.12.3 ET (trabajos fijos y periódicos)

⁹⁰ SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: "*Los permisos...*", ob.cit., pág.36.

⁹¹ Es el caso del Informe del Justicia de Aragón del año 1997, en donde bajo el amparo del art.14 de la CE da la razón a los trabajadores reclamantes, recomendación rechazada por la Administración aragonesa en base a que sólo puede funcionarizarse aquellos trabajadores que tienen clasificados como funcionarios sus puestos, no siendo el caso de los fijos discontinuos (págs.15-17 del Informe de 1997).

o 15.8 ET (trabajo fijo-discontinuo). Resaltar, en todo caso, que el art.15.1.c nada dice del trabajo a tiempo parcial con carácter general, y que la única referencia que puede localizarse es en el art.18.2.g) de la LMRFP, según la cual los Planes de Empleo podrán contener previsiones y medidas sobre “*prestación de servicios a tiempo parcial*”, pero sin que ello habilite, a nuestro juicio, a una fórmula de funcionario a tiempo parcial o funcionario fijo para trabajos periódicos, como las señaladas.

En segundo término, y quizá más determinante, por la dificultad de insertar estas modalidades de prestación de servicios, no continuadas en el tiempo, dentro de la relación funcional. No existe, al respecto, una fórmula de prestación de servicios a tiempo parcial en este ámbito⁹², excepción hecha de fórmulas *ad hoc* de reducción de la jornada de trabajo por razones familiares, atención de hijos o personas mayores y similares⁹³ que no deben ser confundidas, al tratarse de instituciones jurídicas diferenciadas, pues no son a *tiempo parcial funcional* sino reducciones de jornada; la jurisprudencia ha declarado la nulidad de las plazas aprobadas y configuradas con tal perfil cuando no se insertaban en alguno de esos supuestos⁹⁴ y en cuanto a los procesos de funcionarización, se ha señalado que “*sólo pueden integrarse aquellas situaciones que encuentren acomodo en la actual regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos (...) no pueden integrarse aquellas figuras que son propias, singulares y específicas del Derecho Laboral y que, por tanto, no tienen reconocimiento legal en el Estatuto funcional*”⁹⁵. Evidentemente, si normativamente no se ha establecido que un funcionario pueda prestar servicios de forma permanente pero en períodos concretos no continuados, o de forma discontinua sin fecha cierta, o como fórmula a tiempo parcial, esto es, prestando servicios

⁹² Si bien los supuestos de jornadas reducidas se han ido incrementando paulatinamente, todas ellas responden a una lógica causal en función de las circunstancias e intereses del funcionario, y en ningún caso por razones derivadas de las necesidades organizativas o de la adecuación del tiempo de trabajo a la prestación del servicio público, como sería el equivalente a los contratos estudiados en el texto principal.

⁹³ Los supuestos son los siguientes: por cuidado de un hijo (art.30.1e de la LMRFP), por guarda legal de menor, anciano o disminuido (art.30.1.f de la LMRFP) cesación progresiva de actividades (art.30.4 de la LMRFP y DA 5ª del Reglamento de Situaciones Administrativas) y jornada reducida por interés particular (prevista inicialmente en el Acuerdo Administración estatal-sindicatos de 14-9-1994 y desarrollada por la Instrucción de 27 de abril de 1995).

⁹⁴ Si bien referida a una plaza creada en régimen de media jornada por una corporación local, la STS 5-2-1991 entendió que cualquier tipo de reducción de jornada debe estar prefigurada en la normativa estatal sobre la materia, sin que quepa otra opción que elegir entre las diferentes posibilidades establecidas en tal legislación (FJ 5º), la cual no prevé ninguno de los supuestos estudiados en el texto principal.

⁹⁵ En este sentido se han pronunciado con total claridad las SSTSJ Navarra de 5-12-1995, 20-12-1995, 17-1-

durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo de un funcionario a tiempo completo, no se posibilita la funcionarización de los trabajadores que prestan servicios de tal forma. También puede afirmarse que tal conclusión no atenta al principio de igualdad, por cuanto este encierra una prohibición de discriminación ante situaciones iguales, cuyo tratamiento deberá ser igual, pero en el supuesto en cuestión, la distinta naturaleza de la relación laboral a tiempo completo de todas las mencionadas valida tal tratamiento diferenciado, máxime cuando la doctrina constitucional ha dejado sentado que ninguna discriminación acontece por cuanto el legislador goza de libertad para estructurar los puestos de funcionarios y el acceso a cada uno de ellos (ATC 246/1996).

Ello no impide, sin embargo, que pueda regularse una relación de este tipo en el futuro, y en este sentido la aplicación del capítulo VII del Título II del Acuerdo Administración estatal-Sindicatos 2003-2004, que ha abierto la puerta a la prestación de servicios a tiempo parcial⁹⁶ –a resultas del desarrollo normativo que pueda darse en el futuro- permitiría la funcionarización de este tipo de trabajadores⁹⁷.

IV.1.2.- Los trabajadores con clasificación profesional incorrecta.

Vamos a referirnos expresamente al supuesto de trabajadores con contrato fijo y prestando servicios en la Administración, pero en los cuales acontezca una falta de correspondencia entre la clasificación profesional objetiva y subjetiva, esto es, que haya una disfunción entre la clasificación profesional del trabajador que debiera derivarse del proceso selectivo al cual optó y superó, y las funciones que efectivamente lleve a cabo el trabajador *ab initio*. El supuesto es tan

1996, 29-1-1996 y 2-3-1996.

⁹⁶ Concretamente, “*se analizarán las posibilidades de prestación de servicios a tiempo parcial para el personal funcionario y se impulsarán las modificaciones normativas necesarias para la efectividad de la medida*”. También entre la doctrina científica más reciente se plantea la necesidad de instituir una fórmula de trabajo a tiempo parcial o trabajo a tiempo no completo, así como fórmulas de distribución irregular del tiempo de trabajo. En este sentido, MAURI MAJÓS, Joan: “*L’ordenació del temps de treball*”, en AA.VV.”*Informe Pi i Sunyer sobre l’Administració de la Generalitat de Catalunya*”. Fundación Pi i Sunyer. Barcelona, 2003, pág.183.

⁹⁷ Ello supondría regularizar situaciones *de facto* ilegales, llevadas a cabo sobre todo por Corporaciones Locales, en que se procede a funcionarizar trabajadores a tiempo parcial. Entre los supuestos más recientes, *vid.* bases de funcionarización de auxiliares de cultura del Ayuntamiento de Ponferrada, con contrato a tiempo parcial (BOCyL 17-6-2003), que se integran en la Escala denominada “*auxiliar de cultura a tiempo parcial*”. La doctrina científica no ve impedimentos a la funcionarización del personal a tiempo parcial y de los fijos discontinuos, aunque tampoco ilegalidad en su exclusión del proceso, sea por vía expresa o tácita

común, que merece un tratamiento específico, por cuanto no es nada inusual que una vez superado el proceso selectivo, las características personales o profesionales del trabajador supongan que la entidad pública (normalmente de pequeño o mediano tamaño) le atribuya funciones superiores o diferentes de las que teóricamente le correspondían. No se trata de un supuesto de movilidad funcional sino de encuadramiento profesional incorrecto, inferior, superior o diferente al que correspondía.

La razón de tal distinción parte de las consecuencias, y a nuestros efectos aquéllas son importantes. Si un trabajador realiza unas determinadas funciones, *ab initio* por lo común superiores a las que correspondían a su clasificación profesional, la jurisprudencia atribuye la obligación empresarial de reconocerle a tal trabajador la categoría o grupo profesional correspondiente, mientras que si al inicio de la relación laboral fue correctamente clasificado y posteriormente paso a desempeñar una categoría, con independencia de los derechos económicos que pueden ser reclamados, el trabajador no tendrá derecho a consolidar dicha categoría sino concurren las circunstancias legal o convencionalmente exigidas. En este segundo supuesto, la funcionarización no será posible en la nueva categoría o grupo, sino únicamente en la antigua, por cuanto la propia norma establece con claridad que la promoción en la Administración sólo puede llevarse a cabo a través de los procedimientos legalmente establecidos de promoción interna a través de concurso, oposición o concurso-oposición.

En cambio el primer supuesto es mucha más complejo, cuando la entidad afectada es una Administración Pública, y ello nos obligará a plantear si la funcionarización deberá producirse según la clasificación profesional resultante del proceso selectivo, la que realmente lleva a cabo desde el inicio de la relación laboral o, si por el contrario, tal circunstancia impedirá la funcionarización en todos los casos.

La regla establecida por la jurisprudencia no puede ser aplicada acriticamente en la Administración Pública, por razones muy similares cuanto no idénticas a las formuladas para distinguir entre trabajadores fijos y trabajadores indefinidos no fijos. La Administración, al actuar como empresario no puede obviar un procedimiento objetivo que garantice los principios de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Ellos limitan la referida conclusión

(RODRÍGUEZ RAMOS, María José: “La funcionarización...”, ob.cit., pág.811)

de que debe procederse a clasificarse profesionalmente según las funciones desarrolladas y no según el procedimiento selectivo superado; pero también impide igual tratamiento otros factores estrictamente propios de los entes públicos, cuales son la existencia o no de puesto de trabajo formalmente aprobado para su cobertura a través de RPT o catálogo. Por tanto, una vez se produce una colisión entre normas laborales y normas administrativas, como ya hemos podido comprobar, se resuelve actualmente desde la jurisprudencia con la imposibilidad de reconocimiento de una relación fija al trabajador afectado. En el caso en cuestión aquí planteado, el trabajador no podrá reclamar la funcionarización según las funciones que corresponderían en la nueva clasificación, por las razones ya expuestas al tratar de los trabajadores indefinidos no fijos.

La cuestión se sitúa, por consiguiente, en determinar cuál será la clasificación profesional en donde será posible la funcionarización, si es que realmente procede en el caso en cuestión. Ante un supuesto de estas características, no debemos partir tanto de si la clasificación profesional incorrecta da posibilidad de funcionarización, pues el resultado de dar una respuesta positiva sería la funcionarización de un trabajador en un Cuerpo o Escala que no correspondería realmente con las funciones que ejercía; creemos que hemos de ubicar el debate en la validez del contrato de trabajo formalizado. La incorrecta clasificación no es una simple irregularidad, sino un vicio grave que afecta al contrato mismo, produciendo su nulidad al amparo del art.1265 del Código Civil, por cuanto aún no dándose el supuesto de una contratación directa, ésta se ha llevado a cabo infringiendo las normas esenciales sobre contratación en la Administración, a través de un proceso selectivo previsto para otra clasificación profesional, que supone una infracción del art.14 de la CE, y que según la normativa administrativa, conllevaría la nulidad de la convocatoria al prescindir total o absolutamente del procedimiento establecido, todo ello sin perjuicio de otros factores que añadirían más razones a la nulidad, como son la hipotética ausencia de puesto en la RPT, la falta de dotación presupuestaria y/o la no inclusión en la Oferta de Empleo Público⁹⁸. Sin embargo, tal como la doctrina ha planteado, tal solución choca con los principios de justicia material, pues recae la “sanción” en el trabajador, y no en la Administración, no sólo no pudiéndose funcionarizar sino, además, planteándose la pérdida de su puesto de trabajo y del vínculo, en suma, por la nulidad de la relación. Por ello, se ha planteado una solución integradora de la normativa laboral y funcionarial, y esta debería pasar por la

⁹⁸ En este mismo sentido, MOLERO MARAÑÓN, Maria Luisa: “Acceso...”, ob.cit., pág.84.

obligación de la Administración de reponer el trabajador en un puesto de trabajo acorde con la clasificación profesional⁹⁹ y, en este sentido, entendemos que el trabajador debiera poder participar en el proceso de funcionarización adecuado a un Cuerpo o Escala correspondiente al de la categoría o grupo profesional a que optó mediante el procedimiento selectivo.

IV.2. Personal laboral fijo con contrato de trabajo en situación de suspensión con reserva de puesto de trabajo.

Como se ha señalado, la DT 15ª LMRFP establece que el personal laboral en los casos de suspensión del contrato de trabajo, con reserva de puesto, de conformidad con lo establecido en el art.48, en relación con el art.45.1 del ET, podrá participar en iguales condiciones que el personal que se hallare prestando servicios, en los procesos de funcionarización aquí analizados¹⁰⁰.

Idéntico criterio es empleado por las normas autonómicas, si bien no homogéneamente como luego tendremos ocasión de estudiar: leyes que se refieren únicamente a personal laboral fijo en activo¹⁰¹, disposiciones que incluyen al personal laboral fijo con contrato en suspensión con reserva de puesto de trabajo¹⁰² y legislación autonómica que incluye también a personal laboral fijo con contrato en suspensión sin reserva de puesto de trabajo¹⁰³.

⁹⁹ Así lo plantea MOLERO MARAÑÓN (“*Acceso...*”, ob.cit., pág.88-89), quedando protegidos los derechos del trabajador afectado, de terceras personas y resultando inmune la Administración a su actuación inicialmente incorrecta.

¹⁰⁰ Por ello entendemos que todos los requisitos que puedan aparecer en convocatorias de procesos de funcionarización que limitan tal participación, o cuanto menos dudosos, deben entenderse nulas. Así, la funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Omedo (Valladolid) que exige una vinculación laboral ininterrumpida (BOCyL 30-5-2001) o el requisito de estar en situación de servicio activo o situación asimilada (sin concretar que se entiende por tal, pero con aparente exclusión de la suspensión contractual, Ayuntamiento de la Granja de Torrehermosa, BOP de Badajoz 19-2-2001, o refiriéndose a la situación de *servicios especiales* que no existe en derecho laboral, Ayuntamiento de Segovia, BOCyL 39-9-2002).

¹⁰¹ DT 3ª.1 LFP Extremadura.

¹⁰² DT 2ª LFP Castilla-La Mancha, según nuevo redactado dado por Ley 1/1999; DT 12ª último párrafo LFP Murcia; DA 12ª Ley 3/1991 de 28 de diciembre de Presupuestos Generales de la Comunidad de Andalucía para 1992, reproducida por leyes posteriores (entre otras, DA 9ª Ley 4/1992 y DA 6ª Ley 9/1993).

¹⁰³ Ley 18/2000 de la Comunidad de Madrid o art.1.2 del Decreto de 15-9-1998 del Gobierno de Aragón.

La LMRFP distingue, pues, entre dos supuestos de suspensión, *con reserva del puesto* y, *a sensu contrario, sin reserva de puesto*, a los efectos de habilitar en el primer caso la participación en los procesos de funcionarización.

Creemos necesario por ello reflexionar en torno a las siguientes cuestiones:

1º.- delimitar el alcance del concepto *suspensión contractual* desde la perspectiva de los procesos de funcionarización (IV.2.1).

2º.- el ámbito de la previsión de la DT 15ª LMRFP en cuanto a la suspensión *con reserva de puesto* y su equivalencia en el Derecho del Trabajo (IV.2.2).

3º.- los diferentes supuestos de suspensión con reserva de puesto previstos en la legislación laboral desde la perspectiva de su hipotética participación en un proceso de funcionarización (IV.2.3).

IV.2.1.- Delimitación del concepto *suspensión contractual*.

El ET no contiene una definición legal de la suspensión, sino que regula la institución de forma amplia, enumerando las causas y determinando los efectos comunes a los diversos supuestos, hasta el punto que se ha señalado el carácter "*directo*" y la "*pretensión expresamente sistemática y totalizadora*" de la regulación estatutaria¹⁰⁴.

Antes de la promulgación del ET se definió a la suspensión¹⁰⁵ como "*una situación anormal por la que atraviesa el contrato de trabajo caracterizada por la interrupción temporal de la ejecución de sus prestaciones fundamentales y la continuidad del vínculo jurídico*", lo que suponía ciertamente un carácter temporal o provisional, la conservación del vínculo jurídico y la interrupción de las prestaciones fundamentales del contrato y subsistentes las demás.

¹⁰⁴ VIDA SORIA, José: "*Suspensión del contrato de trabajo*". AA.VV: "*Comentarios a las leyes laborales*", tomo IX, volumen 1º. Edersa. Madrid, 1983, pág.21.

¹⁰⁵ La doctrina efectúa constantes referencias a la dificultad de elaboración de un concepto general de suspensión, habida cuenta el abanico de causas, fundamentos y finalidades que pueden generarla. Así lo destaca SOLÀ MONELLS, Xavier: "*La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*". Tesis doctoral. Biblioteca General de la UAB. Barcelona, 2000, págs.7-18.

Tras la entrada en vigor del ET, la misma doctrina procedió a definir la suspensión como "*una vicisitud de la ejecución (continua, sucesiva) de la relación jurídica de trabajo, que se caracteriza por la desaparición temporal de las obligaciones de trabajar y prestar salario, cuando se dan los supuestos previstos por el legislador*"¹⁰⁶, por lo que se ha entendido que los elementos de contenido de la institución continúan siendo los mismos, esto es, situación temporal durante la cual se interrumpen las prestaciones principales, manteniéndose el vínculo jurídico, si bien pierde el carácter general de anormalidad antes descrito, para pasar a depender de la mayor o menor frecuencia con la que se de¹⁰⁷. A esta definición un amplio sector doctrinal ha añadido un atributo adicional: el derecho de reincorporación al puesto de trabajo¹⁰⁸.

IV.2.2.- Alcance de la previsión de la DT 15ª LMRFP.

La DT 15ª LMRFP se refiere a la hipotética participación del personal con contrato en situación de suspensión con reserva de puesto, de acuerdo con lo establecido en el art.48, en relación con el art.45 del ET en los siguientes términos:

"lo previsto en el párrafo anterior [la participación en los procesos de funcionarización del personal laboral fijo que se hallare prestando servicios en la Administración] será también de aplicación al personal laboral en los casos de suspensión con reserva de puesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48, en relación con el artículo 45.1 de la Ley 8/1980 de 10 de marzo del Estatuto de los Trabajadores"

La expresión terminológica de la DT 15ª es un elemento más de confusión que el propio ET ayuda a confirmar. Ciertamente, el art.48 ET se titula "*suspensión con reserva de puesto de trabajo*", de donde toma la expresión la DT 15ª, si bien incompleta (obvia el término "*de trabajo*"). Sin embargo, el primer apartado del citado precepto establece que al cesar las causas

¹⁰⁶ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., pág.33.

¹⁰⁷ SOLÀ MONELLS, Xavier: "*La suspensión...*", ob.cit., págs. 14, 15 y 18.; VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., págs. 31-34. Este carácter anormal, no obstante, aparece recogido por determinados pronunciamientos jurisprudenciales; así, la STS 7-5-1984 se refiere a ella como "*situación anormal*" y en el mismo sentido, las SSTS 18-9-1994, 25-5-2001 y 14-12-2001, entre otras.

¹⁰⁸ Entre otros, MARTÍN VALVERDE et altri en "*Derecho del Trabajo*", ob.cit., pág.685. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.: "*Naturaleza y fines de la suspensión del contrato: delimitación frente a figuras afines*", en "*La suspensión del contrato de trabajo*", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pág.28.

legales de suspensión, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al *puesto de trabajo reservado*, en tanto que el art.46.1 ET, refiriéndose a la excedencia forzosa -causa de suspensión recogida en el art.45.1.k.ET- prevé el *derecho a la conservación del puesto*, mientras que el art.46.3, tercer párrafo *in fine* ET, referida a la excedencia por atención de hijo o familiar - art.45.d.ET-, establece que se tiene "*derecho a la reserva de su puesto de trabajo*".

Convendrá aquí, pues, establecer en primer lugar si la expresión de la DT 15ª LMRFP tiene el mismo alcance que la previsión del ET y, en segundo término, si esa *reserva* genera un derecho de retorno a un único e inamovible puesto de trabajo -el desempeñado al momento de iniciarse la suspensión- o es posible una determinada movilidad y como afecta ello a la participación en un proceso de funcionarización.

1º.- A nuestro juicio, la diversidad terminológica no tiene mayor trascendencia, incluso en la excedencia por atención de hijo o familiar como luego se señalará, máxime cuando se ha planteado que el derecho se deduce del propio art.45.2 ET, por lo que podría no estar expresamente recogido en el art.48 ET y gozar de virtualidad real¹⁰⁹, si bien quizá hubiera sido conveniente una mayor precisión en la LMRFP por la razón que luego se indicará. La DT 15ª LMRFP va dirigida a aquellos supuestos en donde el trabajador goza de un derecho de retorno incondicionado, frente a aquellos otros en donde la suspensión únicamente otorga una expectativa de retorno, como es el caso de la excedencia voluntaria.

2º.- el aspecto más importante de la cuestión deriva del alcance de esta reserva de puesto y su interrelación con los procesos de funcionarización.

Prima facie, parece desprenderse que la lógica del legislador es establecer una inmediata conexión entre puesto concreto y específico funcionarizado y derecho de reingreso a este único y exclusivo puesto.

En este sentido, la DT 15ª persigue esa conexión al establecer que "*la adscripción de un puesto de trabajo*" en las correspondientes relaciones a personal funcionario "*no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñado*" (ese puesto y no otro), que "*podrá permanecer en el*

¹⁰⁹ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., págs.133-134.

mismo". Las pruebas de funcionarización se abren, en cuanto a participación, al trabajador cuyo puesto se ha funcionarizado (DT 15.2) y se habilita el acceso al trabajador con contrato en suspensión "*con reserva de puesto*" (no de un puesto cualquiera sino el que ocupaba, funcionarizado). Una primera aproximación parece deducir la íntima conexión entre *puesto ocupado* y *puesto funcionarizado* y, en el caso de la suspensión, *puesto concreto funcionarizado* y trabajador titular del puesto con contrato en suspenso.

No obstante, esta lógica choca con una interpretación no taxativa del derecho de reserva de puesto, esto es, la que entiende que el derecho es al reingreso, pero no necesaria y exclusivamente al inicial puesto ocupado en el momento de inicio de la suspensión. La distinción es importante porque, a nuestro juicio -y esta es la posición que mantenemos- no necesariamente todo trabajador de la Administración con contrato en suspenso y reserva de puesto, cuyo inicial puesto fuese funcionarizado, tendrá derecho a participar en la convocatoria de selección.

El reingreso en los supuestos de suspensión con reserva se presenta en unos casos sometido a término, pues se tiene certeza de que acontecerá y cuando ocurrirá (suspensión por causas económicas, atención por hijo o familiar, suspensión de empleo y sueldo), pero en otros la finalización de la causa suspensiva es imprecisa, incierta temporalmente, incluso en cuanto a su finalización (excedencia forzosa, incapacidad temporal, privación de libertad).

Como ya se ha apuntado, de la redacción dada a la DT 15ª LMRFP, pero también del propio ET podría deducirse una interpretación estricta, que creemos acentuada (si bien no compartida en una interpretación integradora) por los términos de aquella primera, en el sentido de que el reingreso debe producirse forzosamente en el puesto de trabajo que se ocupaba en el momento de inicio de la suspensión, que se concretaría en el ámbito público, en el puesto de trabajo que se ocupaba de acuerdo con las RPT.

Frente a quienes han señalado ese carácter exacto del puesto a reingresar¹¹⁰, que comportaría,

¹¹⁰ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., pág.135 indica que "*la reserva de plaza significa que la reincorporación ha de hacerse en el mismo puesto de trabajo y con las mismas condiciones de trabajo que se tenían al inicio de la suspensión. A esas condiciones se habrán de añadir naturalmente las que se hayan consolidado durante la suspensión misma (antigüedad singularmente). La automaticidad jurídica de la reincorporación en esos términos es evidente...*". Sin embargo, el mismo autor no ve obstáculo a los mecanismos novatorios y extintivos (pág.83), que puedan recaer sobre el vínculo en suspenso. Entre la doctrina más reciente, RIVAS VALLEJO, María Pilar: "*La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos*". Aranzadi. Pamplona, 1999,

topográficamente hablando¹¹¹, un derecho reforzado a "su" puesto, un derecho de *propiedad* sobre el puesto o *property in job*, la doctrina mayoritaria flexibiliza esta interpretación, enmarcando el derecho de reingreso en tres posibles ámbitos:

a) son factibles determinadas modificaciones o alteraciones en las condiciones de reingreso en el puesto de trabajo, que denominaremos menores y naturales por cuanto se tratará del mismo puesto de trabajo ocupado anteriormente. Estos cambios acontecerán en la mayoría de los contratos en suspensión, pues hacen referencia, por lo general, al cómputo de la antigüedad durante el período de suspensión y a la aplicación de los incrementos retributivos y de otra índole que durante ese período se aplicaron al resto de contratos en activo.

b) es posible también que las modificaciones o alteraciones sufridas en las condiciones del puesto de trabajo sean muy significativas, incluso hasta el punto "*de hacerlo prácticamente irreconocible*"¹¹², y cuya causa esté en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, modificaciones del convenio colectivo, movilidad geográfica de carácter colectivo, transformaciones del proceso productivo, entre otras muchas. Se trataría, no obstante, del mismo inicial puesto, si bien víctima de un conjunto de mutaciones en su original estado que según su mayor o menor intensidad pueden llevar a producir la apariencia antes señalada.

c) frente a los dos anteriores supuestos, en donde la nota destacada es el mantenimiento del puesto si bien modificado en diversas de sus condiciones pero no en todas, cabe la posibilidad de que el trabajador, haciendo el empresario uso de sus facultades directivas, reingrese en un puesto de trabajo distinto del original, que ha desaparecido por amortización o ha sido ocupado por otro trabajador. El límite a este supuesto sería el que se deriva del régimen jurídico de la movilidad funcional¹¹³. Puede acontecer igualmente que durante el período de suspensión el contrato de

págs.214-216, aunque también reconociendo la pervivencia de las facultades empresariales de modificación.

¹¹¹ En expresión de PEDRAJAS MORENO, Abdón: "*La excedencia...*", ob.cit., pág.364.

¹¹² GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "*Las excedencias en Derecho del Trabajo*", Estudios de Derecho del Trabajo, volumen 8. Editorial Comares. Granada, 1998, pág.233.

¹¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "*Las excedencias...*", ob.cit., pág.233. La STS 8-11-1990 establece que desaparecido el puesto reservado (Director), "*el derecho del trabajador a la reincorporación ha de vincularse, por tanto, genéricamente a un puesto de trabajo correspondiente a su categoría de técnico ferroviario*". En el mismo sentido, la STSJ Andalucía/Sevilla 13-10-1992.

trabajo se extinga, por despido, por lo que se pierde el derecho de reingreso.

Esta tercera posibilidad (c), la más amplia en el esquema señalado, definiría los límites en el derecho a la reserva del puesto: este derecho sería al mismo puesto de trabajo o a otro parecido, aunque no totalmente diferente (STSJ Madrid 13-7-1996), en un orden secuencial que debería ser, en primer término el mismo puesto de trabajo y, en su defecto, uno similar¹¹⁴, respetando la categoría o el grupo profesional y sin perjudicar los derechos económicos y profesionales del trabajador¹¹⁵. Esta consideración que no cedería ni aún en los supuestos de suspensión en donde aparentemente la reserva pudiera ser en *propiedad* cual es el primer año de la excedencia por atención de hijo o familiar, habiendo defendido la doctrina la indistinción real y práctica del primer y los dos posteriores años, pese al redactado legal¹¹⁶.

En cuanto al proceso de funcionarización, la posición que defendemos a la vista de lo expuesto es la siguiente:

a) en primer lugar, la DT 15ª LMRFP no establece un régimen jurídico diferente para los contratos de trabajo en suspenso que la que se predica del ET, por lo que el *derecho de reserva* al

¹¹⁴ PEDRAJAS MORENO, Abdón: "La excedencia...", ob.cit., pág.365. También MARZAL MARTÍNEZ, Odón-Francisco: "La suspensión de la relación laboral por causa del servicio militar y por ejercicio de cargo público o de representación sindical", en AA.VV. *La suspensión del contrato de trabajo*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ. Madrid, 1994, págs.259-261.

¹¹⁵ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "Las excedencias...", ob.cit. pág.233.

¹¹⁶ Art.46.3: "los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia, no superior a tres años, para atender al cuidado de cada hijo...(primer párrafo)..Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente" (tercer párrafo, *in fine*). Esta período ha sido elevado a quince meses cuando el padre o madre compongan una familia numerosa de carácter general y hasta un máximo de dieciocho meses si es de categoría especial, según la DA 3ª y 4ª de la Ley 40/2003 de 18 de noviembre de protección de familias numerosas. Para GORELLI HERNÁNDEZ ("Las excedencias...", ob.cit., págs. 236-239), pese a la literalidad del precepto, el trabajador mantendrá el mismo derecho de reincorporación tanto en el primer como en posteriores años, sin ningún tipo de "propiedad del puesto de trabajo". En idéntico sentido, PÉREZ ALONSO, M.Antonia, en "La excedencia laboral", Colección Laboral, nr.14, Tirant lo Blanch. Valencia, 1995, págs.65 y 66, que enmarca el derecho de reingreso en la misma categoría profesional que la ocupada con anterioridad a la excedencia, el mantenimiento de las retribuciones asignadas al puesto y las mismas circunstancias que lo rodeaban (esto es, el respeto de aquellas características que de modificarse implicarían una modificación sustancial de las condiciones de trabajo). También se manifiesta en este sentido TORTUERO PLAZA, José Luis, en "Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica", en AA.VV "La suspensión del contrato de trabajo", Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, pág.272. Para SOLÀ MONELLS ("La suspensión...", ob.cit., pág. 590, nota 227), la diferencia estriba en que en el segundo y tercer año, el empresario podrá introducir modificaciones sin haber de recurrir al procedimiento fijado por el ET (art.39).

puesto de trabajo no concede al trabajador en suspenso un derecho de reincorporación, "*topográficamente hablando*", al mismo puesto de trabajo que ocupaba al momento de la suspensión, sino un derecho de reingreso automático, independientemente de la existencia o no de vacante.

b) la habilitación para que el trabajador con derecho de reserva pueda participar en los procesos de funcionarización implicará el cumplimiento de dos requisitos previos: que su inicial puesto de trabajo laboral se funcione y que, en el momento de iniciarse el proceso de funcionarización, ese puesto no haya desaparecido o sea de imposible ocupación por parte de aquél, pues de lo contrario, al no ser titular del mismo, no podrá participar en el proceso.

No obstante, será posible su participación si el nuevo puesto que tuviera asignado fuese también sometido a un proceso de funcionarización, lo cual no siempre es fácilmente determinable, por lo que parece acertado postular que en estos supuestos, la Administración debería comunicar al trabajador en suspenso su nuevo puesto de trabajo, siempre y en todo caso con anterioridad al inicio del proceso de funcionarización.

c) las modificaciones, de menor o mayor calado, que haya sufrido el puesto no limitaran la participación del trabajador, si aquél no está ocupado definitivamente por otro trabajador.

IV.2.3.- Supuestos de suspensión con reserva de puesto y participación en el proceso de funcionarización.

El art.45.1 ET establece que el contrato de trabajo podrá suspenderse por las causas que a continuación se indicaran, exonerando la suspensión de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art.45.2):

- a) mutuo acuerdo de las partes.
- b) aquellas que se consignen válidamente en el contrato.
- c) la incapacidad temporal de los trabajadores.
- d) maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente de menores de seis años.

- e) cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.
- f) ejercicio de cargo público representativo.
- g) privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.
- h) suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.
- i) fuerza mayor temporal.
- j) causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.
- k) excedencia forzosa.
- l) por el ejercicio del derecho de huelga.
- m) cierre legal de la empresa.

La remisión que efectúa la DT 15ª LMRF es en bloque al artículo 45.1 ET, sin distinguir por tipologías suspensivas¹¹⁷ que pueden tener trascendencia a la hora de abrir los procesos de funcionarización a estos colectivos de trabajadores.

Estas causas suponen que, en cuando cesan, el trabajador tendrá derecho a la reincorporación al puesto de trabajo reservado -con los límites antes señalados- en todos los supuestos mencionados, a excepción de cuando la causa de lugar a la suspensión por "*mutuo acuerdo de las partes*" o sea una de "*aquellas que se consignan válidamente en el contrato*", en cuyo supuesto, la hipotética incorporación dependerá de "*lo pactado*" (art.48.1 ET).

Vamos a delimitar las cuestiones que nos son de interés en tres ámbitos: un primer grupo, inicialmente pacífico, correspondiente a los supuestos de suspensión expresamente previstos en el art.45.1 ET, excepción hecha de las letras a) y b); el segundo grupo: el que se deriva de las causas a) y b) del art.45.1 ET y, finalmente, un tercer grupo: hipotéticas otras causas de suspensión con derecho de reserva no previstas expresamente en el art.45.1 ET pero si en otros preceptos del Estatuto o en otras normas legales, reglamentarias o convencionales.

¹¹⁷ Siguiendo a SOLÀ MONELLS ("*La suspensión...*", ob.cit., pág.33) distinguiremos entre *suspensión continua*, cuando suponga la inactividad durante un período ininterrumpido de tiempo, y *suspensión discontinua*, en los supuestos de reducción de la actividad dentro de un módulo temporal (mes, semana, día, etc.), pero conservando una *prestación residual*, intercalada entre los períodos de exoneración, cuyo consecuencia fáctica más evidente será la ausencia física del trabajador en el primer supuesto o la reducción del tiempo de presencia, pero no el alejamiento continuado, en el segundo; el mismo autor distingue también entre *suspensión individual* y *suspensión colectiva*, en función de que la suspensión afecte a uno o diversos contratos pero en base a circunstancias personales e individuales (vg. servicio militar o prestación social sustitutoria, maternidad, etc.) o, por el contrario, afecte a dos o más relaciones contractuales por su repercusión plural (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, fuerza mayor temporal, etc.).

El primer grupo no supone mayor controversia, a nuestros efectos, por cuanto se dan los supuestos que cumplen los dos requisitos: la suspensión del contrato y el derecho a reserva de puesto de trabajo y no sólo un derecho preferente de ingreso, que se podrá producir no obstante con la única matización antes señalada. La remisión de la DT 15ª LMRFP al art.45.1 ET es clara y sólo se verá afectada por las modificaciones que el texto estatutario pueda sufrir a lo largo del tiempo¹¹⁸.

En cuanto al segundo grupo (supuestos regulados en los apartados a) y b) del art.45.1 ET), la doctrina se ha posicionado con criterios diversos.

Un sector minoritario entiende que no puede haber suspensión sin derecho de reingreso: lo que habilita el art.48.1 en relación al art.45.1.a) y b) es al establecimiento paccionado de un momento de reincorporación distinto del inmediatamente posterior al cese de la causa legal de suspensión o bien la posibilidad de delimitar el puesto de trabajo en el que se reincorporará el trabajador¹¹⁹.

En cambio, la doctrina mayoritaria defiende que si a través del pacto se exonera del derecho de reincorporación, faltará uno de los elementos de la institución suspensiva y, por tanto, propiamente no estaremos ante una causa de suspensión¹²⁰. En este último caso, quedará vendada la participación en el proceso de funcionarización¹²¹.

En relación al tercer grupo, debemos plantear si es posible la existencia de otras causas de suspensión del contrato, más allá de las descritas en el art.45.1 ET¹²² y, si la respuesta es positiva, si estas pueden ser incluidas en la previsión de la DT 15ª LMRFP.

Mayoritariamente se ha respondido de forma afirmativa a la hipótesis de creación a través de

¹¹⁸ Así, p.ej., art.45.1.d ET, cuyo actual redactado es fruto de la reforma introducida por Ley 39/1999 de 5 de diciembre.

¹¹⁹ ARGUELLES BLANCO, Ana: "*La excedencia laboral voluntaria*". Aranzadi. Pamplona, 1997, pág.168.

¹²⁰ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit. pág.134.

¹²¹ RODRÍGUEZ RAMOS, María José: "*Funcionarización...*", ob.cit., pág.165.

¹²² Y más allá también de las posibilidades que ofrece el art.45.1, apartados a) y b) del ET ya comentados.

ley¹²³, reglamento¹²⁴, convenio colectivo¹²⁵, contrato de trabajo¹²⁶ o incluso mediante resolución judicial¹²⁷, de nuevas causas de suspensión, por cuanto el listado del art.45.1 no impone un

¹²³ Art.23.1.b.ET: "*El trabajador tendrá derecho... para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo*". Con mucha mayor entidad y duración, puede mencionarse el art.48.2 ET, que establece una causa de suspensión tampoco prevista en el art.45.1 ET: en el caso de incapacidad temporal, producida la extinción de esta situación con declaración de invalidez permanente en los grados de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez, el ET prevé que subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente, siempre y cuando, a juicio del órgano de calificación, la situación de incapacidad del trabajador vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo.

¹²⁴ Art.9 Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección: si un trabajador accede a un puesto con contrato de alta dirección podrá suspenderse la relación laboral ordinaria con tal consecuencia que en el supuesto de extinguirse el contrato de alta dirección "*el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen...*" (art.9.3). Mucho más significativo es, por su hipotético alcance temporal –hasta quince años de suspensión y reserva de puesto– es el caso de los *reservistas voluntarios* de las Fuerzas Armadas, a los que se reserva su puesto de trabajo que desempeñaban antes de su incorporación al Ejército o a uno de similares condiciones, igual remuneración en la misma empresa o localidad, según dispone el art.27.1 a) del Real Decreto 1691/2003 de 12 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de acceso y régimen de los reservistas profesionales. El compromiso inicial de uno, dos ó tres años podrá prorrogarse –con derecho a suspensión contractual– hasta un total máximo de quince años (art.10.1 y 2).

¹²⁵ STSJ Castilla-La Mancha 24-10-1997: "*no cabe duda de que el Convenio Colectivo puede introducir nuevas causas de suspensión del contrato de trabajo, además de las consignadas en el artículo 45 del ET...*" (FD 2º). Las causas de suspensión establecidas por Convenio Colectivo pueden englobarse en dos grupos:

a) permisos no retribuidos por asuntos propios o por otros motivos, que exoneran del deber de trabajar y de la remuneración y, comúnmente, implican la reserva del puesto de trabajo; así, art.48 del CC Único del personal laboral de la Administración General del Estado (BOE nr.287 de 1-12-1998) prevé una licencia sin sueldo por asuntos propios hasta 3 meses cada 2 años (art.48.1), que podrá ser de 1 año cada 5 (siendo el período máximo de disfrute continuo de 3 meses) si es para realizar acciones de voluntariado en países en vía de desarrollo (art.48.2); art.45.4 CC único de ámbito de Cataluña del personal laboral de la Generalitat (DOGC nr.2836 de 26-2-1999): licencia por asuntos propios de duración acumulada, hasta 6 meses cada 2 años y licencia de 3 meses, prorrogable hasta 6, para atención de un familiar hasta el segundo grado en caso de enfermedad grave.

b) nuevos supuestos de suspensión no encuadrables en el art.45.1 ET. Estas causas, generalmente de posible mayor duración que el grupo anterior, comportan por lo común la suspensión con reserva de su puesto y cómputo del periodo a efectos de antigüedad

Así, en el CC Único de la Administración del Estado podemos señalar:

- por prestación de servicios de carácter temporal en organismos internacionales o en programas de cooperación internacional (art.55.d).
- nombramiento de alto cargo por los gobiernos de la nación, de las comunidades autónomas o de la administración local o incorporación, con nombramiento como personal eventual, en sus respectivos ámbitos, de los Ministros o de los Secretarios de Estado (art.55.e).
- el nombramiento del trabajador como funcionario en prácticas, así como el período de prueba o de práctica establecido legal o convencionalmente que se exija para consolidar una plaza de personal laboral en cualquier Administración Pública (art.55.g).

¹²⁶ A través del art.45.1.b ET. *Vid.* F.J.2º STSJ Castilla-La Mancha 30-11-1992 y 24-10-1997.

numerus clausus; así lo ha estimado la doctrina científica¹²⁸ -si bien no de forma unánime¹²⁹- y judicial¹³⁰.

La cuestión se centra, pues, en dilucidar si se incluyen o no en los procesos de funcionarización aquellas suspensiones con reserva de puesto no previstos en el art.45.1 ET.

La escasísima doctrina que ha estudiado la cuestión se ha pronunciado negativamente, al adoptar una tesis literalista de la ley, en la que los sujetos susceptibles de funcionarización sólo lo son aquellos que tengan reserva de puesto de trabajo y "*cuya relación laboral esté en suspenso por alguna de las causas, en las que concurriendo dicho factor, estén reguladas en el art.45 ET*"¹³¹. Posición que compartimos al tiempo que defendemos, *de lege ferenda*, una adecuación extensiva de la norma vigente a las finalidades perseguidas con la inclusión en el proceso de los trabajadores incluidos en una causa de suspensión del art.45 ET.

El primer elemento que debemos estudiar es si la previsión de la DT 15ª LMRFP es una inclusión declarativa o constitutiva, esto es, establecer si sería posible la participación si aquella no incluyera a los trabajadores con el contrato en suspenso con reserva de puesto. El análisis debe partir de la parquedad de los efectos regulados en el art.45.2 ET, que únicamente prevé la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, por lo que ocasiona un vacío normativo en cuanto al resto de derechos y obligaciones.

¹²⁷ Así lo plantea MARTÍNEZ GIRON en "*Las causas generales de suspensión: ¿numerus clausus?*", AA.VV: "*La suspensión del contrato de trabajo*". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1994, págs.39-52.

¹²⁸ MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús en "*Las causas...*", ob.cit., págs.39-52; MARTÍN VALVERDE, Antonio *et altri*: "*Derecho...*", ob.cit., págs. 685-686; ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M.Emilia: "*Derecho del Trabajo*". 18ª edición. Civitas. Madrid, 2000, pág.409.

¹²⁹ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., págs. 40-41, defiende la "*intención totalizadora del art.45.1*", si bien con un doble criterio: supuestos de significación "*taxativista*" o "*restrictiva*" y supuestos "*abiertos*" o "*enunciativos*" (fuerza mayor temporal y "*quizá*" los del art.45.1.a) y b), aunque aceptando en todo caso que una ley jerárquicamente adecuada pueda establecer otros casos de suspensión.

¹³⁰ STSJ Cataluña 15-6-1998, referida además a una Administración Pública; STSJ Castilla y León 30-11-1992 y 24-10-1997; STSJ País Vasco 23-11-1993. En sentido contrario, si bien en opinión de ALONSO OLEA, forzada por la argumentación del caso, las SSTs 20-6-1995 y 22-6-1995. Más recientemente, la STS 25-10-2000 indica que "*la enumeración de causas de suspensión es una enumeración tasada o exhaustiva*" (FJ 3º).

¹³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, Maria José: "*Funcionarización...*", ob.cit., pág.165.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han postulado que todos aquellos aspectos del contrato de trabajo en suspenso que no sean incompatibles con la situación suspensiva perviven durante la vigencia de ésta última¹³² pero delimitar cuales son estos aspectos no siempre es fácil, pues tal vez dependerá también del tipo de suspensión, dado que "*su específica significación ha de obtenerse de la correspondiente normativa, legal o contractual, por la que se rijan*" (STS 19-9-1986). De común la doctrina se refiere a los supuestos más habituales, como son el cómputo de la antigüedad, el devengo de vacaciones u otros permisos generados por la prestación de servicios durante un determinado período de tiempo, etc..

Debemos plantear, pues, la hipotética participación en los procesos restringidos de funcionarización, que vendría a configurarse como el *derecho a participar en procesos de acceso a la función pública de carácter restringido*. La conclusión que podamos alcanzar superará, con mucho, una simple disquisición teórica, por cuanto nos dará la respuesta a la cuestión anteriormente planteada, esto es, la posibilidad de participación en los procesos de funcionarización de trabajadores en situación de suspensión con reserva de puesto no incluidos en el art.45.1 ET.

Adelantaremos que, en cualquier caso, la respuesta no únicamente debe darse desde la óptica del Derecho del Trabajo sino también, del Derecho de la Función Pública y de la doctrina constitucional que autoriza, excepcionalmente, estas modalidades de acceso al empleo público.

Parece claro que no todos los supuestos de suspensión contractual se rigen por el mismo régimen jurídico. Los efectos podrán ser variados, más allá del carácter homogeneizador de la regla del art.45.2 ET. Se han señalado dos aspectos a tener en cuenta en el tratamiento de los efectos¹³³: la propia naturaleza de la causa de la suspensión y las singularidades expresas que a través de la autonomía individual (contrato de trabajo o pactos *ad hoc*; o de la norma jurídica (legal, reglamentaria o convencional) puedan establecerse.

El análisis de ambas circunstancias configuran una *uniformidad relativa*¹³⁴ entre todos los

¹³² VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., pág.78.

¹³³ VIDA SORIA, José: "*Suspensión...*", ob.cit., pág.77.

¹³⁴ SOLÀ MONELLS, Xavier: "*La suspensión...*", ob.cit., págs.529 y siguientes.

supuestos de suspensión y nos sitúan en el plano que nos interesa: si el régimen suspensivo se configura en base a tres reglas¹³⁵, la expresa -exoneración de la obligación de trabajar y remunerar-, la tácita -conservación de los derechos y obligaciones no vinculados con el desarrollo de las prestaciones principales y la complementaria -nacimiento de derechos y obligaciones propios de la situación suspensiva-, la respuesta a la cuestión que aquí planteamos dependerá de la inserción del derecho del trabajador en suspenso a presentarse a las mencionadas pruebas en la regla tácita o la complementaria, de tal forma que, si es incluida en la primera de ellas, su participación no dependería de la previsión expresa de la DT 15ª LMRFP y por tanto se habilitaría a otros supuestos de suspensión no previstos en el art.45.1 ET; por el contrario, su inclusión en la regla complementaria conformaría el derecho a participar como un derecho genuino nacido de la DT 15ª LMRFP y, consecuentemente, circunscrito a las causas suspensivas del art.45.1 ET.

Nuestro parecer es que este derecho a participar no se integra en la regla tácita sino en la complementaria. Ciertamente se trata de un supuesto absolutamente especialísimo que la doctrina en ningún caso ha tenido ocasión de analizar. Apostamos por la tesis complementaria habida cuenta el carácter restrictivo de los procesos de funcionarización, excepción al principio general de libre concurrencia en el acceso al empleo público. Si sólo excepcionalmente pueden establecerse restricciones al principio de igualdad en el acceso a la función pública previsto en el art.23.2 CE, esta excepción debe venir regulada por una norma de rango de ley, con una justa causa. Por ello, entendemos que si la DT 15ª no hubiera acogido los supuestos de suspensión no hubiera sido posible aceptar la participación de estos trabajadores en el proceso de funcionarización.

En consecuencia, no habiéndose previsto en la DT 15ª LMRFP otras causas distintas que las del art.45 ET, y en vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, parece razonable deducir que la ley no habilita a otros trabajadores con reserva de puesto, al amparo de regulaciones ajenas al art.45, a optar al proceso. Creemos que esta es la conclusión más ajustada a Derecho, pero no por ello la más coherente y lógica; a nuestro juicio, parece del todo razonable que la ley permitiera tal participación.

¹³⁵ SOLÀ MONELLS, Xavier: "*La suspensión...*", ob.cit, págs.527-528.

Así lo defendemos en base a la finalidad de la previsión de la citada DT, que no es otra que garantizar la correcta prestación del servicio público a través de funcionarios, en cumplimiento de la doctrina del Tribunal Constitucional y del art.15.1.c LMRFP, según redactado dado por Ley 23/1988.

Es cierto -como hemos tenido ya ocasión de estudiar- que la habilitación para participar en los procesos restringidos deben entenderse limitadamente pero también lo es que la inclusión de los supuestos del art.45.1 ET tiene como objetivo principal evitar que, una vez reingresados en la Administración sus titulares ya finalizada la causa de suspensión, perviva un colectivo de trabajadores en puestos de funcionarios, sin que se les haya permitido su participación en el proceso de funcionarización y sin que sea posible la reapertura de nuevos procesos en el futuro precisamente dado el carácter excepcional y único que la funcionarización requiere para ser acorde con el texto constitucional. Si ésta es la lógica, idéntico criterio debe aplicarse al resto de supuestos suspensivos con reserva de puesto.

Por ello nos parece adecuado postular una reforma de la dicción literal de la DT 15ª LMRFP y sus equivalentes autonómicos de tal manera que esa participación esté abierta a todos los supuestos de suspensión contractual con reserva de puesto de trabajo establecidos por ley, reglamento, convenio colectivo, contrato de trabajo o decisión judicial. Esta reforma aquí planteada puede tomar como ejemplo el redactado de algunas normas autonómicas, como es el supuesto de la LFP Cataluña. En concreto, la DT 10ª.3 y la nueva DT 12ª.1 (introducida por Ley 15/2000) no efectúan referencia de ningún tipo al ET o a alguno de sus preceptos, mencionando únicamente la "*suspensión de contrato con derecho a reserva*" en puestos de trabajo que sean clasificados para funcionarios (DT 10.3) o a la "*suspensión de contrato con derecho a reserva en uno de estos puestos de trabajo*" (DT 12ª.1).

Un último apunte sobre el procedimiento habilitado para la participación de este colectivo de trabajadores. La mayoría de las disposiciones consultadas, incluidas las estatales, permite esa participación y establecen el pase automático a la nueva situación administrativa funcionarial. Así, p.ej., el excedente forzoso participará en el proceso desde esa situación de suspensión contractual y, de superarlo, tomará posesión como funcionario de carrera e, inmediateamente, pasará a la situación administrativa de servicios especiales.

En algún supuesto, sin embargo, tal derecho a participar se reconoció para el momento en que finalizara la causa de suspensión (legislación asturiana): ello obligaba a una convocatoria específica, que en virtud de la Resolución de 29-6-1993 debía materializarse "*en el plazo de tres meses computados a partir del día siguiente del cese en esa situación*" (art.4.4). No nos parece la opción más funcional -las convocatorias *ad hoc* se repetían a lo largo del tiempo un mínimo de cuatro veces al año- y rompían el principio de unicidad exigido por la jurisprudencia constitucional en cuanto a las pruebas restringidas. De ahí la pronta reforma de la Resolución de 29-6-1993 a través del Acuerdo de 4-8-1994 que suprimió tal art.4.4.

IV.3.- Personal laboral fijo con contrato de trabajo en situación de suspensión sin reserva de puesto de trabajo.

La consecuencia lógica del ámbito subjetivo anteriormente estudiado, esto es, la participación en los procesos de funcionarización de aquellos trabajadores que tengan el contrato en suspensión con reserva de puesto, nos sitúa en el tercer gran bloque de hipotéticos sujetos participantes: los trabajadores con suspensión del contrato sin reserva de puesto o aquellos otros supuestos de vicisitud contractual en los que el trabajador no tenga reserva de puesto.

Aparentemente el debate es estéril, pues nada establece la DT 15ª LMRFP y la mayoría de las normas autonómicas. Sin embargo, el análisis práctico de las convocatorias de funcionarización demuestra que es práctica ordinaria que puedan participar en las convocatorias los suspensos sin reserva, como es el supuesto más común de los excedentes voluntarios y también así lo recoge la negociación colectiva.

La previsión de la DT 15ª LMRFP es, *prima facie*, clara: en estos supuestos está vedada su participación. Fundamentalmente, se trataría de los casos regulados en el art.45.1.a) y b) ET, de suspensión por mutuo acuerdo de las partes (a) y por las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo (b) que no comporten reserva del puesto y el supuesto, más habitual, de la excedencia voluntaria del art.46.2 ET.

En los dos primeros casos cabe plantear la hipótesis de que a pesar de darse la no reserva de puesto se hubiera pactado, ya sea a través de acuerdo entre las partes, a través del propio contrato

o, lo que es más factible, por vía convencional, la posibilidad de participación en los procesos de funcionarización. Del tenor literal de la DT 15ª LMRFP deducimos la imposibilidad de llevar a la práctica tal previsión, por cuanto la voluntad de los contratantes individuales o colectivos no puede subvertir la regulación legal de quienes están legitimados para participar en este proceso de selección.

En cuanto a la excedencia voluntaria del art.46.2 ET, su exclusión parece, dado el redactado de la LMRFP, plenamente justificada. Debe llamarse la atención sobre el tenor literal de la DT 15ª que, no refiriéndose expresamente a la excedencia voluntaria, sino *a sensu contrario* a suspensión sin reserva de puesto, evita la controversia jurídica en torno a aquellos supuestos de excedencia que no pueden ser calificados ni de voluntaria ni forzosa, si bien no resuelve completamente la posible polémica, cual es el caso de la excedencia por desempeño de cargo sindical de ámbito provincial o superior según se trate de sindicato más representativo o no, las excedencias creadas por vía convencional o la excedencia por incompatibilidad de los empleados de la Administración Pública o incluso la posición doctrinal que entiende que suspensión y excedencia voluntaria son instituciones jurídicas diferenciadas¹³⁶.

En todo caso, deben analizarse las razones que, a nuestro juicio, han llevado al legislador a excluir a los trabajadores con suspensión contractual sin reserva de puesto de los procesos de funcionarización.

La finalidad de ambas modalidades de suspensión, con y sin reserva, es la “*estabilidad en el empleo*”, imposibilitando la extinción del contrato de trabajo pese a la ausencia de prestación de servicios, por lo que aquél continua vigente durante el período de suspensión¹³⁷. No obstante, este principio de mantenimiento del contrato de trabajo no alcanza idéntica extensión en todos los supuestos de suspensión, de tal manera que aquellos que precisamente son excluidos en la DT.15ª LMRFP son, precisamente, las que adolecen de menor intensidad.

¹³⁶ GORELLI HERNÁNDEZ ("*Las excedencias...*", ob.cit., pág.16 y siguientes) define a la excedencia forzosa como suspensión contractual y delimita la excedencia a un *tipo básico*, la voluntaria, como institución diferenciada de la suspensión. En el mismo sentido, tesis mayoritaria de la STS 25-10-2000, que distingue entre las causas de suspensión del art.45 ET ("*enumeración tasada o exhaustiva*") y la excedencia voluntaria. Con claros argumentos en favor de considerar a la excedencia voluntaria como causa suspensiva vid. primer voto particular de la misma sentencia del Tribunal Supremo, emitido por los Magistrados FERNÁNDEZ LÓPEZ y GARCÍA SÁNCHEZ.

¹³⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "*Las excedencias...*", ob.cit., pág.20.

La distinción se situaría en aquellos supuestos vinculados a intereses estrictamente individuales de aquellos otros que merecen para el legislador una protección más allá de la esfera individual (STS 25-10-2000, FJ 3º).

En este último grupo se ubicarían las causas del art.45 ET, que podrían clasificarse en cuatro grupos diferentes¹³⁸: causas individuales pero protegidas socialmente (incapacidad temporal, maternidad), causas empresariales ajenas a la voluntad del trabajador (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) o ambas partes (fuerza mayor), causas sociales merecedoras de un reconocimiento colectivo (servicio militar y prestación social sustitutoria, ejercicio de un cargo público, cuidado de hijos) y causas a través de las cuales se protegen valores constitucionales (huelga, cierre patronal, derechos sindicales o derecho a la presunción de inocencia).

Por contra, en la suspensión derivada de intereses estrictamente individuales y personales, la intensidad del principio de estabilidad en el empleo es menor, por cuanto exigiéndose ya determinados requisitos para el acceso a la suspensión (requisito mínimo de antigüedad de un año en la excedencia voluntaria), tampoco hay reserva de puesto de trabajo sino derecho de preferencia al reingreso condicionado a la existencia de vacante de igual o similar categoría.

Esta circunstancia ubica la previsión de la DT 15ª LMRFP en la primera razón justificativa de la exclusión. La ley de función pública asume las razones de mayor protección que justifican las causas de suspensión con reserva de puesto del art.45.1 ET, incorporándolas de tal forma que habilita a los titulares del contrato en suspenso para su participación en los procesos de funcionarización. Por contra, no asume como tutelable los intereses personales e individuales de la excedencia voluntaria o de las suspensiones del art.45.1 a) y b) ET sin reserva, por cuanto la propia ley, al no establecer el derecho de reserva de puesto, considera inferiores los valores tutelables

La segunda razón deben situarse en el contenido de derechos y deberes secundarios que permanecen vigentes pese a la suspensión sin reserva. Es pacífico en la doctrina y la jurisprudencia que la ausencia de retribución y prestación laboral por un lado y la existencia de

¹³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "*Las excedencias...*", ob.cit., pág.22.

un derecho sólo "*preferente al reingreso*" no suprimen la pervivencia de otros derechos y deberes accesorios o secundarios, que estarán plenamente vigentes por no haberse extinguido la relación laboral.

Estos derechos serán aquellos accesorios no relacionados directamente con la prestación de trabajo, en tanto que los conectados con esta no se mantendrán vigentes¹³⁹. Así, quedarán interrumpidos no únicamente los derechos retributivos, sino también los derechos individuales de ocupación efectiva, promoción y formación profesional, integridad física, el cómputo de la antigüedad, estando en vigor los no conectados con la prestación del trabajo (respeto a la intimidad, dignidad, ejercicio individual de acciones derivadas del contrato, etc.).

Cabría, pues, plantearse donde se ubicaría el derecho de participación en procesos de funcionarización, siendo nuestra respuesta la inclusión en el segundo grupo. El mencionado derecho debe entenderse desde la perspectiva del puesto de trabajo funcionarizado. No existiendo tal -recuérdese que puede haber sido ocupado definitivamente por otro trabajador, o amortizado- y únicamente manteniendo un derecho preferente de reingreso, la participación en los procesos de funcionarización se vinculan a la prestación del trabajo. Por ello, la exclusión que efectúa la DT 15ª LMRFP plasma en norma de rango legal una restricción a un derecho individual que se deduce del propio contenido de la excedencia voluntaria.

No obstante, como hemos señalado al inicio de este apartado, la Administración Pública, muy especialmente la General del Estado y la Seguridad Social, ha corregido la DT 15ª LMRFP a través del texto de las convocatorias específicas de cada proceso de funcionarización, permitiendo que el personal laboral en situación de suspensión sin reserva de puesto (en especial, la excedencia voluntaria) pueda participar en el proceso y superarlo, pasando acto seguido a la situación administrativa de excedencia voluntaria en su condición de funcionario. Tal opción ha sido recogida también por alguna disposición legal, como la Ley 18/2000 de 27 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad de Madrid (art.10.5.2, que adiciona la DT 10ª a la LFP de Madrid) o la DA 15ª de la Ley de presupuestos de Murcia 3/1991 de 23 de diciembre o incluso por la negociación colectiva estatal¹⁴⁰, pero también por normas de entidades

¹³⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, Juan: "*Las excedencias...*", ob.cit., pág.82.

¹⁴⁰ Sin lugar a dudas, la literalidad del Acuerdo entre la Administración del Estado y los sindicatos de 22 de

o corporaciones sin competencias legislativas, como las Universidades Públicas¹⁴¹, validado por algún pronunciamiento judicial aislado¹⁴².

Esta circunstancia nos obliga a analizar la legalidad de tal posible participación. En concreto conviene establecer si con el actual redactado de la DT 15ª LMRFP o sus equivalentes autonómicos, es posible habilitar una fórmula de participación de los trabajadores con contrato en suspenso sin reserva de puesto de trabajo.

Del tenor literal de la DT 15ª LMRFP se desprende que los colectivos de trabajadores habilitados a participar en los procesos de funcionarización en la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos y Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social son los ya mencionados: personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 prestara servicios en la Administración y el personal laboral que mantenga su contrato en situación de suspensión con reserva de puesto de conformidad a los arts.45 y 48 ET. Idéntico alcance se deriva de las Leyes 37/1989, 4/1990 y 31/1990; igualmente, la doctrina científica establece una triple exigencia: existencia de causa legal o convencional de suspensión, derecho preferente de reingreso y derecho a reserva de puesto de trabajo¹⁴³.

La Orden de 27-3-1991 del Ministerio para las Administraciones Públicas tampoco prevé la inclusión de trabajadores con contrato suspenso sin reserva de puesto de una manera expresa, si bien su literalidad no es tan taxativa como la DT 15ª LMRFP. Así, mientras esta última efectúa una habilitación expresa a los supuestos del art.45 ET, el art.6 de la Orden autoriza la participación del personal laboral que "*a la entrada en vigor de la Ley que le resulte aplicable,*

julio de 1997, para la funcionarización de cuerpos y escalas interdepartamentales, así lo indica: "*los aspirantes que (...) se encuentren en la situación de excedencia voluntaria concedida con posterioridad al 30 de julio de 1988, también podrán participar en estas pruebas...*" (Anexo II, punto primero).

¹⁴¹ La Resolución de 27-2-1997 de la Universidad de Valencia (BOCV 13-3-1997) prevé en su art.11 que podrán participar en el proceso de funcionarización del personal laboral fijo "*que esté en cualquier tipo de excedencia siempre que el último puesto de trabajo que van a ocupar en la administración universitaria esté clasificado como de naturaleza administrativa (...)o le haya correspondido en la actualidad estar clasificada como tal...*".

¹⁴² Es el caso de la SAN 13-7-2001, que no encuentra impedimento en tal participación, pasando el trabajador a la situación administrativa funcionarial de excedencia voluntaria, tras la toma de posesión..

¹⁴³ RODRÍGUEZ RAMOS, María José: "*Funcionarización...*", ob.cit., pág.164.

era titular de un puesto de trabajo clasificado por la Comisión Ejecutiva de la Interministerial de Retribuciones como reservado a funcionario". No obstante, a nuestro juicio, la interpretación correcta debe estar en consonancia con la DT 15ª, como así lo recuerda la propia Orden en su art.6.

Sin embargo, numerosas convocatorias de funcionarización en el ámbito estatal han abierto la opción al colectivo de excedentes voluntarios. De un análisis de las convocatorias publicadas en el BOE -que abarcan a la Administración del Estado, OOAA, Seguridad Social y Universidades- pueden extraerse dos conclusiones:

- frente a una breve primera etapa de escrupuloso respeto a la DT 15ª LMRFP, muy pronto se publican convocatorias en donde se habilita al personal en excedencia voluntaria¹⁴⁴, si bien no en todos los supuestos.

- tal previsión, por regla general, se lleva a cabo con un cierto reparo estético, pues son numerosas las convocatorias en las que la habilitación no es directa, sino deducible de todo el texto de la convocatoria. Así, al establecer los requisitos de los aspirantes, únicamente se menciona la situación de excedencia o suspensión con reserva de puesto, pero regulando, en un lugar distinto al apartado de requisitos, el régimen de los trabajadores funcionarizados desde la situación de excedencia voluntaria¹⁴⁵; sin embargo, parece ser que el criterio administrativo interno de la Administración estatal es facilitar tal participación¹⁴⁶.

Un análisis de la naturaleza jurídica de las Bases Generales y Específicas que rigen estas -o cualesquiera- convocatorias nos servirán para establecer si nos situamos ante una previsión ajustada a Derecho. La respuesta es clara: habiendo sido definidas las Bases como un acto

¹⁴⁴ Vid. Orden 13-5-1993 de funcionarización de 71 plazas del Cuerpo de Observadores de Meteorología (BOE nr.137 de 9-6-1993). Entre las más recientes, Resolución de 20-3-2001 de la Universidad Complutense de Madrid para cubrir 69 plazas de Auxiliares de Biblioteca (BOE nr.98 de 24-4-2001) u Orden de 11-5-2001 del Ministerio de Ciencia y Tecnología convocando 8 plazas de Delineantes de OOAA (BOE nr.129 de 30-5-2001).

¹⁴⁵ Vid. Orden de 2-2-1999 del Ministerio de Agricultura convocando 42 plazas de Analista de Laboratorio del IRA (BOE nr.50 de 27-2-1999) y Orden de 2-3-2000 del Ministerio de Medio Ambiente convocando plazas (número indeterminado) de Delineantes de 2ª de OOAA (BOE nr.67 de 18-3-2000).

¹⁴⁶ Así lo acredita la Resolución de la Dirección General de la Función Pública en consultas al Ministerio para las Administraciones Públicas de 22 de junio de 1992.

administrativo de carácter general -y no como una disposición de carácter general- o más concretamente como "*un acto administrativo con destinatario general dirigido a un número indeterminado de personas*"¹⁴⁷, referido a una actuación singular y concreta como es la apertura de un proceso selectivo para la provisión de plazas vacantes (SSTS 21-12-1963, 17-3-1966 y 17-5-1966), doctrinalmente se ha establecido que carecen de poder normativo o innovativo del ordenamiento jurídico no siéndoles posible vulnerar otros preceptos, legales o reglamentarios, de rango superior, pues a ellos se subordinan¹⁴⁸, consumiéndose con su finalización y no integrándose en el ordenamiento jurídico (STS 16-6-1997).

La jurisprudencia también es rotunda al señalar que las bases de la convocatoria para la provisión de vacantes por concurso u oposición constituyen su ley a la que quedan sometidos los concursantes como la propia Administración; pero sin que esta regla pueda entenderse como de carácter absoluto puesto que, como se indicó en la STS 10-11-1979, tanto si a dichas bases se las califica de acto administrativo¹⁴⁹, como de disposición general¹⁵⁰ o incluso con doble condición¹⁵¹ "*lo inevitable es que tengan que supeditarse al principio de jerarquía normativa derivado del principio de legalidad*", razón por la cual la jurisprudencia ha señalado que la Administración ha de atenerse, primordialmente, al fijar las mismas a las reglas jurídicas vigentes a la sazón "*... por lo que no puede olvidar nunca el acatamiento de las normas legales de carácter superior*" (STS 2-10-1990), así como también a los reglamentos generales y a los particulares de las Corporaciones (STS 16-6-1950).

Para la doctrina y jurisprudencia devienen así nulas e ineficaces las convocatorias que vulneran las disposiciones legales vigentes¹⁵². La conclusión que a nuestro juicio debe formularse es que tal habilitación, efectuada a través de las numerosas convocatorias consultadas, es un claro *ultra*

¹⁴⁷ MAURI MAJÓS, Joan: "*La selecció...*", ob.cit., pág.157.

¹⁴⁸ CASTILLO BLANCO, Federico: "*Acceso...*", ob.cit., pág.96.

¹⁴⁹ Es el caso de las SSTS 21-12-1963, 17-3-1966 y 17-5-1966.

¹⁵⁰ Como disposición general lo califica la STS 28-9-1962 y STSJ Baleares 10-7-1995.

¹⁵¹ SSTS 14-2-1959 y 14-3-1966.

¹⁵² SERRANO GUIRADO, Enrique: "*El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*". IEP. Madrid, 1956, págs.127-128. *Vid.* también las SSTS 2-7-1946 y 19-12-1984.

vires contrario a la previsión de la DT 15ª LMRFP, si aquellas son interpretadas en un sentido literal.

Por ello, algunas Comunidades Autónomas han regulado tal participación a través de normas de rango legal. Así, la DT 10ª de la LFP Madrid -incorporada por Ley 18/2000- habilita a tres colectivos: al personal laboral fijo en activo, al personal con contrato en suspensión con reserva de puesto y "*al personal laboral fijo en situación de excedencia que, con anterioridad a la misma, se encontrara desempeñando un puesto de trabajo análogo a aquellos que se incorporen a los correspondientes catálogos*" (DT 10.2), quedando si superan el proceso "*en la situación administrativa que resulte equivalente al supuesto que determinó la suspensión del contrato o a la modalidad de excedencia que viniera disfrutando*" (DT 10.3).

Caso aparte y a nuestro juicio inconstitucional, es la legislación de Navarra, que supone la adquisición automática de la condición de funcionario de carrera para aquel laboral en excedencia voluntaria una vez solicita el reingreso, por lo que en la práctica no se da ninguna problemática en cuanto a la gestión de los reingresados¹⁵³.

Cabe sin embargo una interpretación que permite salvar el contenido de las convocatorias citadas y que no es otro que entender que tal referencia a la excedencia voluntaria lo es a aquellas que suponen para el trabajador un derecho de reserva al puesto de trabajo y no una mera expectativa de reingreso. Se trataría de aquellos supuestos sobre los que la doctrina ha planteado si se trata de excedencia voluntaria o forzosa, si bien por sus notas se aproximan mucho más al segundo concepto, opción esta que por otro lado permitiría incluirlas -no sin cierta dificultad dado que no se ubican en el art.45 ET- en el ámbito de la DT 15ª LMRFP: excedencia por cuidado de hijos o familiares¹⁵⁴ o la excedencia por funciones sindicales de ámbito provincial o superior¹⁵⁵ (art.46.4

¹⁵³ Según la DA 14ª del Decreto Foral Legislativo 251/1993 de 30 de agosto, adicionada por Ley Foral 15/1993, "*el personal laboral fijo y estatutario adscrito a la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y a sus Organismos Autónomos que se encuentre o pase a la situación de excedencia voluntaria, podrá solicitar su reingreso al servicio activo necesariamente como funcionario...*" si existe vacante y se cumplen el resto de requisitos. El procedimiento es expeditivo, también para los que están en servicio activo: presentación de solicitud e integración por Decreto Foral (arts.2 y 3 del Decreto foral 134/1993 de 26 de abril).

¹⁵⁴ Definida como excedencia voluntaria por VIDA SORIA, MUÑOZ CAMPOS y GONZALEZ VELASCO; como forzosa durante el primer año y voluntaria el segundo y tercero según PÉREZ ALONSO ("*La excedencia...*", ob.cit., pág.59).

¹⁵⁵ Si bien el ET no la califica, el art.9 LOLS define como forzosa la excedencia para los trabajadores que ostenten cargos electivos a nivel provincial, autonómico o estatal en organizaciones sindicales más representativas; en los restantes supuestos se tratará de una excedencia voluntaria, incluso definida así por la STC 263/1994.

ET).

Esta interpretación podría extenderse también a aquellas excedencias voluntarias que, de acuerdo con una tesis minoritaria del Tribunal Supremo, lo son formalmente pero no en la práctica, por tratarse de situaciones de "*excedencia no querida*", esto es, "*una auténtica situación de suspensión del contrato de trabajo parangonable con otras situaciones de suspensión expresamente recogidas en el art.45 ET, cual ocurre en algunas excedencias que obedecen en realidad a un pacto propuesto por la empresa, a posibles excedencias derivadas de pactos colectivos, a excedencias por razones de necesidad, o a situaciones de excedentes con el reingreso solicitado y con plaza expectante*" (STS 25-10-2000, 2º voto particular). A ellas añadiríamos la excedencia legal por incompatibilidad, regulada en la Ley 53/1984 de Incompatibilidades; en este supuesto, el art.10 de la norma legal prevé que en los casos en que se esté ocupando dos puestos en el sector público, o en el público y en el privado, deberá optarse por uno de ellos y en ausencia de opción, la Ley presume que se opta por el nuevo puesto, quedando en el anterior en situación de excedencia voluntaria, que la jurisprudencia ha considerado, en el supuesto de personal laboral, que es por incompatibilidad, aunque literalmente la legislación sólo prevea tal modalidad para los funcionarios. En este caso igualmente se ha defendido la posibilidad de que se participe en el proceso de funcionarización, a pesar de que no hay auténtica reserva de plaza, pasando su titular a la nueva situación administrativa –ahora sí funcional- de excedencia por incompatibilidad¹⁵⁶.

No obstante lo dicho, creemos que la habilitación de participación a los procesos de funcionarización de todo aquel personal fijo con contrato en suspensión, sea con reserva de puesto o sin tal, tiene un fundamento lógico, por lo que planteamos *de lege ferenda* la inclusión de todos estos supuestos.

Desde un punto de vista organizativo, es evidente que el excedente voluntario o con contrato en suspensión sin reserva de puesto distorsionará la plantilla de la Administración si en el futuro reingresa, al formar parte de un colectivo residual a extinguir y sin haber podido cuando menos ejercer el derecho a participar en la funcionarización. Se tratará de un trabajador vinculado

¹⁵⁶ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ RAMOS, María José: "*La funcionarización...*", ob.cit., págs.815-816.

laboralmente a la Administración al que su oportunidad para funcionarizarse pasó¹⁵⁷. Por otro lado, la doctrina de los tribunales entiende que la funcionarización no puede suponer un obstáculo de reingreso del excedente voluntario, que conservará siempre este derecho sin que pueda alegarse la amortización de las plazas laborales, por transformación, como excusa para impedir tal reingreso (STSJ Murcia 28-7-1995).

No parece, pues, que tal situación de laboralidad indefinida de los reingresados sea sostenible a largo plazo. La lógica nos lleva a deducir que tarde o temprano la reivindicación de este colectivo se materializará a través de convocatorias *ad hoc*, que recogerán los supuestos singulares aquí expuestos. De ahí que a nuestro juicio deba plantearse una modificación legislativa orientada a evitar estas disfunciones y se de un tratamiento integral a todos los trabajadores en activo o con contrato en suspensión, en este último caso ya lo sea con reserva o no de puesto de trabajo, como la que ha planteado algunas normas autonómicas, ya citadas, siempre evidentemente con el estricto cumplimiento de las reglas de acceso a la función pública en procesos de funcionarización .

¹⁵⁷ Es el supuesto al que hace frente la DA 15ª de la Ley 3/1991 de 23 de diciembre de Presupuestos de la Comunidad de Murcia para 1992: "*el personal laboral (...) que se encontraba en situación distinta de la de activo o de suspensión con reserva de puesto, podrá participar en la segunda y última de las convocatorias que reglamentariamente se determinen*". En el mismo sentido, el art.12 del Decreto 163/1998 de 15 de septiembre del Gobierno de Aragón (BOA núm.112 de 23-9-1998): "*también podrá participar en las pruebas que se convoquen el personal laboral con contrato de carácter indefinido que habiendo ocupado algún puesto de tal carácter, con posterioridad al 28 de febrero de 1986 hubiera pasado a situación distinta de la de servicio activo*", habilitándose una extraña situación de toma de posesión como funcionario de carrera pero continuando en la situación de suspensión que se derive del art.45 ET (art.10.2).

CAPITULO TERCERO

El proceso selectivo de funcionarización (II): el ámbito temporal de los procesos de funcionarización.

I.- EL REQUISITO DE TEMPORALIDAD EN LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

A los requisitos de carácter general, exigibles a cualquier aspirante que desee ingresar a la función pública, cabe añadir otros requisitos de carácter específico. En un proceso de funcionarización estos requisitos específicos vienen determinados por la propia norma reguladora y se concretan en cuatro apartados: 1) el aspirante debe ostentar la condición de personal laboral fijo –o de temporal, en las pocas normas que así lo han previsto-; 2) el puesto de trabajo que ocupa el citado empleado debe quedar adscrito a régimen funcional a través de una modificación de las *relaciones de puestos de trabajo* (RPT); 3) el trabajador debe encontrarse en situación de servicio activo o en una de las suspensiones con reserva de puesto de trabajo que prevé la legislación laboral, aunque algunas normas también han habilitado la participación a quienes no gozan de tal garantía de reserva; y, 4) finalmente, la referida condición de trabajador fijo ocupando un puesto de trabajo funcionarizado debe ostentarse con anterioridad a una fecha determinada, que en el supuesto de la Administración del Estado y de la Seguridad Social es el 30 de julio de 1988 y en el ámbito de la Generalitat de Cataluña, dos fechas de referencia fruto de una técnica legislativa que como tuvimos y volveremos a tener ocasión de comprobar- ha sido confusa: el 4 de agosto de 1994 y el 1 de enero de 2001, a causa de la incomprensible demora en el tiempo en la puesta en marcha del proceso funcionarizador catalán.

Hemos desarrollado la mayor parte de estos requisitos en capítulos específicos, pues su amplitud y complejidad requerían un trato individualizado. Así, el análisis de la condición de personal laboral fijo o temporal y la necesaria situación de servicio activo o en suspensión fue tratada en el antecedente capítulo segundo; el régimen jurídico de los puestos de obligada adscripción a personal funcionario y posible reserva a laborales fue desarrollado en la primera parte (capítulo segundo) de esta tesis: a ambos nos remitimos. En cuanto al requisito de que el puesto haya sido adscrito a régimen funcional, en el antecedente capítulo primero de esta segunda parte hemos desarrollado con amplitud toda la problemática que al respecto supone para la funcionarización el papel que juegan las

RPT, catálogos, plantillas, Planes de Empleo y sistemas de racionalización así como Ofertas de Empleo.

En el presente capítulo nos centraremos en la exigencia temporal ya señalada, no homogénea en la normativa estatal y autonómica aplicable. Ello nos servirá como capítulo previo para plantear, en toda su extensión, en el siguiente capítulo (cuarto) todos los aspectos relativos al proceso selectivo de funcionarización, una vez estudiados los ámbitos subjetivo y temporal.

Como primera aproximación debemos señalar que uno de los aspectos más destacados respecto de los procesos de funcionarización es el que se deriva del momento en el que el o los hipotéticos aspirantes adquirieron la condición de trabajadores fijos al servicio de la Administración o, más exactamente, que ostentando tal condición ocupaban un puesto de trabajo adscrito a funcionario.

Debe tenerse en cuenta, al respecto, recordando lo expuesto en su momento, que las pruebas restringidas han sido proscritas tras la promulgación de la CE y su admisibilidad, reconocida por el Tribunal Constitucional, sólo ha sido aceptada para casos singulares verdaderamente excepcionales y objeto de una interpretación restrictiva. Esta excepcionalidad, según la doctrina sentada con claridad por la STC 27/1991, ha sido acotada por la Ley de Función Pública en diversas ocasiones. Todas ellas cumplen dos requisitos relevantes: el requisito de carácter personal o subjetivo, analizado en el anterior capítulo segundo y el requisito de carácter temporal, que supone que estos candidatos a las pruebas restringidas deben acreditar una condición de incorporación a la Administración Pública antecedente a la fecha señalada por la norma legal de aplicación (STC 151/1992, FJ 3º y 4/1993, FJ 3º).

Para el ámbito estatal, este requisito –luego exigido con carácter inexcusable en las convocatorias respectivas- se planteó a través de la original DT 15ª.2 de la LMRFP según redactado dado por la Ley 23/1988, al establecer que tal participación podría suceder cuando el personal laboral fijo se hallare prestando servicios en la Administración en

puestos reservados a funcionarios “*a la entrada en vigor de la presente Ley...*”. Casi ocho años más tarde, el art.121 de la Ley 13/1996 de 30 de diciembre modificó esa primera DT 15ª dando un nuevo redactado, más aclaratorio del significado original que introductor de un nuevo contenido material, de tal manera que a los posibles sujetos participantes según la Ley de 1988 se añadieron aquellos otros que hubiesen adquirido la condición de trabajadores fijos “*en virtud de pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha, siendo destinado con ocasión de su ingreso a puestos reservados a funcionarios...*”.

El anterior esquema es el que ha seguido mayoritariamente también la normativa autonómica, bien sea introduciendo disposiciones de un tenor igual o similar a la DT 15ª, bien promulgando leyes específicas que regulan el proceso, pero tomando también como punto de referencia un determinado momento temporal de adquisición de la condición de trabajador fijo, aunque sea incluso para desvirtuar tal momento a los efectos de permitir – tendremos ocasión de comprobarlo- una participación general sin requisito real de temporalidad, en el proceso de funcionarización. Nos detendremos con una especial atención en la normativa catalana, que ha mantenido al respecto dos momentos precisos; en el primero, siguiendo el esquema estatal, previó una DT 10, añadida a la LFP Cataluña, que mantiene su vigencia, en virtud de la cual “*el personal laboral fijo afectado por la presente disposición que a la entrada en vigor de la presente Ley preste servicios en la Administración de la Generalitat (...) puede participar en los procesos selectivos...*” (DT.10ª.3); tal fecha de referencia es el 4 de agosto de 1994.; el segundo momento de este iter es el acaecido con la nueva DT 12ª de la ley catalana de función pública, introducida a través de la Ley 15/2000 de 29 de diciembre, según la cual, “*en los términos establecidos en la disposición transitoria décima de la presente ley, el proceso de funcionarización que se regula en la misma también es de aplicación al personal que en fecha 1 de enero de 2001 preste servicios en la Administración de la Generalitat...*” (DT.12ª.1). El juego de ambas previsiones ha supuesto que en el ámbito autonómico el factor temporal juega a favor de todo aquel trabajador fijo que adquirió tal condición a más tardar el 1 de enero de 2001, perdiendo virtualidad la anterior fecha de 1994, criterio que la doctrina extiende también al personal de los entes locales, como tendremos ocasión de referir.

Al amparo de lo que podríamos denominar *corpus* normativo común estatal y autonómico sobre el ámbito temporal de habilitación de la participación en los procesos de funcionarización, creemos oportunos establecer los siguientes aspectos a analizar a lo largo del presente capítulo.

a) - en primer término, debemos concretar si la DT 15^a de la LMRFP o las correspondientes disposiciones autonómicas prescriben un ámbito temporal concreto y específico a tener en cuenta en las convocatorias y, si ello es así, exponer cuál es aquel exactamente, analizando en los casos en que la respuesta sea negativa, cuál es el marco de referencia, si lo hubiera.

b)- a continuación, conviene analizar las consecuencias jurídicas que el citado ámbito temporal guarda en relación a aquellos trabajadores que adquirieron la condición de fijos con anterioridad a la entrada en vigor de la DT 15^a o sus equivalentes, en puestos de trabajo reservados a personal funcionario.

c).- en idéntica línea a lo anterior, y por último, debemos fijar el régimen jurídico de la hipotética participación en los procesos de selección de aquellos trabajadores que hubieran alcanzado la condición de fijos con posterioridad a la entrada en vigor de la referida DT 15^a, partiendo de una consideración previa, cuál es la licitud o no de los contratos formalizados en tales circunstancias.

II.- LA EXISTENCIA DEL REQUISITO DE TEMPORALIDAD.

Esta primera cuestión planteada debe resolverse a favor del establecimiento de un ámbito temporal específico en los procesos de funcionarización, aunque distinto según se trate de la Administración estatal, autonómica, local o universitaria. Tal afirmación la establecemos, en base a un doble parámetro:

- la existencia de un ámbito temporal específico entendido en el sentido de que la normativa estatal y autonómica, en su gran mayoría, fija el mismo de una manera clara y precisa.

- la existencia de un ámbito temporal también específico, pero entendido en un sentido negativo, esto es, que un conjunto de disposiciones autonómicas y una práctica generalizada de los entes locales, establecen lo que denominaríamos ámbito temporal *débil* o *subjetivo*, esto es, que no se apoya en ningún razón objetiva –cuál es la fecha de entrada en vigor de una disposición que clasifique los puestos en funcionariales o laborales- sino en un factor estrictamente coyuntural: la aprobación del proceso de funcionarización como tal, el de la norma que lo regula –descontextualizada del momento en que no debió ya contratarse más trabajadores- o, incluso, la fecha de publicación de la convocatoria de la específica funcionarización de un determinado Cuerpo o Escala, cuando no también las circunstancias *ad personam* de los trabajadores afectados.

II.1.- Administración del Estado y de la Seguridad Social.

El primer redactado de la reforma de la LMRFP a través de la Ley 23/1988 fijó el momento temporal en el día 30 de julio de 1988, fecha de entrada en vigor de la referida Ley según señala su disposición final. El art.121 de la Ley 12/1996 confirmó la misma fecha – mediante una referencia expresa a “*la entrada en vigor de la Ley 23/1988*”, si bien flexibilizó el aparente criterio restrictivo inicial, al incluir un nuevo colectivo: el personal fijo que si bien a tal fecha no ostentaba la condición, la consolidó posteriormente como consecuencia de un proceso selectivo convocado con anterioridad en todo caso al 30 de julio de 1988.

La justificación de tal previsión temporal es evidente, como hemos tenido oportunidad de manifestar en más de una ocasión anteriormente: tras la STC 99/1987, el Parlamento español aprobó una reforma de la LMRFP que estableció un nuevo sistema de distribución de puestos entre personal laboral y funcionario, de tal manera que a partir del momento de promulgación de la nueva ley ya no era posible la adscripción generalizada a personal laboral de un sinfín de puestos, sino únicamente a la relación tasada –pese a su indeterminación- del art.15.1.c; la razonabilidad de la previsión está fuera de toda duda, especialmente desde el punto de vista jurídico, pues deriva directamente de la propia Ley

23/1988 o de su equivalente autonómico¹. Sin embargo, los contratos fijos formalizados con anterioridad, o aquellos formalizados con posterioridad pero derivados de un proceso selectivo convocado con anterioridad al 30 de julio de 1988 debían poder adaptarse a la nueva naturaleza del puesto, funcionarial, mediante el procedimiento restringido objeto de nuestro estudio.

La reforma de 1988 nos parece acertada, para evitar la no incorporación al proceso de trabajadores concretos por un desfase en la convocatoria. Sin embargo, creemos más adecuado que tal circunstancia no se refiriera a la convocatoria del proceso selectivo sino a la aprobación de la Oferta de Empleo Público, por cuanto puede darse el supuesto de que tal proceso sea posterior a la fecha referida del 30-7-1988, pero derivado de una Oferta de Empleo Público anterior a la misma que consideró las plazas como laborales conforme a la normativa anterior a la Ley 23/1988, reflexión esta que hacemos igualmente a la legislación de función pública autonómica en base de sus respectivos ámbitos temporales² y sobre la que volveremos más adelante.

Una excepción a la regla general de 30 de julio de 1988 ha acontecido cuando el Cuerpo o Escala al que ha de acceder el trabajador funcionarizado ha sido de creación posterior. En este supuesto, la normativa prevé como fecha la de entrada en vigor de la Ley de creación, con lo que se supera la dificultad expresada a lo largo de esta tesis (*vid.* primera parte, capítulo segundo) de aquella primera fecha como referencia para estos supuestos³; tal

¹ En una doctrina que si bien es aplicada al ámbito estatal, puede extenderse con certeza al ámbito autonómico y local, en función de la entrada en vigor de las leyes de función pública que readscriban a funcionarios puestos antes definidos como laborales, según la STSJ Madrid 4-4-2002.

² Y así recogida en no pocos supuestos, como es la creación del Cuerpo de Guardería Forestal de Castilla-La Mancha por Ley 9/1999 de 26 de mayo de conservación de la naturaleza (DA 2ª.3.); funcionarización del personal laboral docente de conservatorios de música y danza en Baleares (art.32 Ley 20/2001 de 21 de diciembre)

³ En este sentido pueden citarse, entre otros, la DT 9ª de la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de puertos del Estado y de la Marina Mercante, en donde la creación del Cuerpo a través de su art.101 permite la funcionarización de los trabajadores que desempeñen funciones relacionadas con la marina civil “*a la fecha de entrada en vigor de la presente ley...*” o con la misma literalidad el art.46 de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre de funcionarización del personal laboral del CIEMAT; en otras ocasiones se deduce tal circunstancia, porque la norma deja abierto el marco temporal: art.41 de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, creando la especialidad laboral marítima del cuerpo Técnico de la Seguridad Social y autorizando la funcionarización de los asesores técnicos laborales marítimos del Instituto Social de la Marina. También la

excepción supone un respeto a la propia regulación normativa emanada del poder público y del respeto al principio de legalidad que informa la actuación de la Administración Pública⁴.

El análisis de las convocatorias consultadas para la esfera estatal acredita un escrupuloso respeto de la Administración al ámbito temporal señalado, en el sentido de señalar la fecha de 30 de julio de 1988 como parámetro inderogable, excepción hecha de aquellos procesos derivados de la creación de Cuerpos o Escalas posteriores a la misma⁵. Tal fecha se respeta sin perjuicio de que la efectiva determinación, a través de las concretas RPT, catálogos o acuerdos de la Comisión pertinente –en el ámbito estatal, la comisión interministerial de retribuciones- haya establecido tal adscripción en fecha posterior⁶.

II.2.- Administración de las Comunidades Autónomas.

Como ya tuvimos ocasión de plantear, ni el art.15.1.c ni la DT 15ª de la LMRFP tienen el carácter de norma básica, y de ahí que la práctica totalidad de las leyes de función pública procedieran a adaptar su esquema de puestos funcionariales y laborales con posterioridad a

negociación colectiva estatal lo ha recogido; así, el capítulo XX, punto 4º del Acuerdo Ministerio de Justicia-Sindicatos para 1995-1997. Su concreción específica puede acreditarse en diversas convocatorias: así, en la Orden de 11 de mayo de 1999 sobre funcionarización de plazas de Profesores técnicos de formación profesional, el requisito de ocupación de una plaza laboral fija es a la fecha de entrada en vigor de la LOGSE (BOE 28-5-1999); las Ordenes de 29 de noviembre de 2002 (BOE 20-12-2002) y de 30 de julio de 2003 (BOE 29-8-2003) sobre convocatorias de funcionarizaciones en el Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas prevé que tal condición debe venir referida a la entrada en vigor de la Ley 24/2001 de 27 de diciembre, por la cual se crearon las Escalas de técnicos especialistas de grado medio, ayudantes de investigación y auxiliares de investigación del CIEMAT.

⁴ En estos términos se pronuncia la SAN 13-7-2001, al validar una fecha distinta al 30 de julio de 1988, en el ámbito estatal, en relación a la creación de un cuerpo funcional en fecha posterior.

⁵ Es el caso, entre otros, además de los ya señalados, de los procesos de funcionarización derivados de la LOGSE. En este caso, la fecha de referencia es la entrada en vigor de la Ley 1/1990 de 3 de octubre de Ordenación del Sistema Educativo (*Vid.* Orden de 15-6-1992 de funcionarización de Profesores técnicos de formación profesional (BOE 15-7-1992) u Orden de misma fecha de funcionarización del Cuerpo de Maestros (BOE 15-7-1992).

⁶ En algunas convocatorias este proceso aparece con claridad. En la funcionarización del personal laboral de los OOAA del Ministerio de Medio Ambiente, el ámbito temporal es el 30-7-1988, aunque el acuerdo de la comisión, clasificando el puesto como funcional es posterior en más de once años (en concreto, de 29-9-1999) tal como señala la propia convocatoria (Orden de 2-3-2000, funcionarizando los delineantes laborales del Ministerio, BOE 18-3-2000, entre otras).

la Ley 23/1988. Es evidente, pues, que el marco temporal del 30 de julio de 1988 no podía serles de aplicación, cuanto menos mediante una interpretación respetuosa de la distribución constitucional de competencias. De ahí que sea necesario efectuar, cuanto menos con carácter general en las Comunidades Autónomas y con mayor precisión en el caso de Cataluña, una referencia a los ámbitos temporales estudiados. El esquema de los mismos abarca las siguientes opciones:

a) un conjunto de Comunidades Autónomas no hacen referencia alguna a ningún marco temporal de aplicación, para toda su función pública⁷. La opción parece remitir en muchos casos a una necesaria clasificación de puestos de trabajos, en laborales o funcionariales, a partir de la entrada en vigor de la ley de reforma, de tal manera que más que un marco temporal derivado de la reforma legal éste se deduce de la posterior adaptación de los puestos a través de las RPT⁸, criterio que luego expondremos es el que nos parece más razonable.

b) en otros supuestos, la referencia temporal aparece de una manera clara, al utilizar una redacción similar a la de la DT 15^a de la LMRFP⁹ o indirecta, pero que en todo caso remite a la entrada en vigor de la Ley de Función Pública¹⁰ o a una de sus modificaciones si aquella primera es anterior a 1987¹¹.

⁷ DT 2^a LFP Castilla-León o DT 3^a LFP Extremadura. También, pese a la singularidad que la conforma, el EPAN.

⁸ La legislación de Cantabria establece que tras la promulgación de la ley debía modificarse las RPT (DT 1^a LFP Cantabria), habilitando la participación por una sola vez de los trabajadores fijos que ocupen puestos adscritos a funcionariales por las referidas RPT (DT 2^a).

⁹ DT 2^a de la LFP La Rioja, que al ser promulgada en 1990 no fue reformada para adaptarse a la STC 99/1987.

¹⁰ Así la DT 3^a.1 de la LFP Extremadura no señala expresamente el momento temporal, pero sí indirectamente al reconocer un derecho a permanencia del personal laboral a extinguir en los puestos que desempeñaran a la entrada en vigor de la Ley; con un redactado similar a la LMRFP, la DT 2^a LFP Castilla-La Mancha y DA 7^a *in fine* LFP Canarias; la legislación de las Islas Baleares señala que podrán optar a la funcionarización aquellos trabajadores que tengan reconocida una categoría profesional *a extinguir* en el momento de entrar en vigor la Ley (DT 2^a.b LFP Baleares).

¹¹ La LFP Murcia sitúa expresamente el ámbito temporal en la entrada en vigor de la Ley 2/1989 de 12 de junio, que dio nuevo redactado al art.19.3 de la LFP de 1986 (DT 11^a.2).

c) La dificultad de determinación del marco temporal se constata cuando las –por lo general- disposiciones transitorias modificadas sufren una o diversas posteriores modificaciones, como consecuencia de la introducción de nuevos criterios o reglas de funcionarización.

En este supuesto debería concretarse con claridad cual es la fecha de referencia; un ejemplo significativo es la legislación castellano-manchega: la Ley de Función Pública de la Comunidad de 13 de diciembre de 1988 incluye una DT 2ª que posiciona el marco temporal en la fecha de entrada en vigor de la misma, y que regula la funcionarización de su personal laboral. Posteriormente, la ley 1/1999 de 4 de marzo da nueva redacción a la DT 2ª; una interpretación integral de la nueva DT supone deducir que cuando su apartado primero remite la fecha a los efectos de funcionarización a *“la entrada en vigor de la presente ley...”* se refiere no a la nueva reforma –que reclasifica los puestos adscritos a laborales y funcionarios- sino a la inicial norma de 1988.

Sin embargo, la mala técnica legislativa incorpora a la nueva DT 2ª diversas consideraciones que no efectuaba el texto inicial: la funcionarización será aplicable también a quien obtenga la condición de personal laboral fijo como consecuencia de la superación de los procesos selectivos que estén celebrándose *“a la entrada en vigor de la presente ley así como a aquellos que reingresen al servicio activo con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley...”*, pero antes de que finalizase el plazo de presentación de instancias para funcionarizarse; además, la DT 2ª.6 establece el régimen aplicable a los trabajadores temporales afectados por la readscripción de su puesto, de tal forma que *“...los trabajadores que a la entrada en vigor de la presente Ley estuviesen desempeñando dichos puestos..”* en régimen laboral temporal verán extinguidos sus contratos; finalmente, se regula la funcionarización del *“...personal transferido con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en puestos que posteriormente sean reconvertidos para su provisión por funcionarios...”*.

Tales referencias a la *“entrada en vigor de la Ley...”* son de difícil resolución, pues si bien en algún supuesto parece coherente entender que son efectuadas a la Ley de Función

Pública de 1990, en otros la lógica parece ser que el marco temporal es el de la ley de reforma de 1999 –personal transferido o temporal-, creándose así una pluralidad de referencias temporales de difícil coherencia jurídica y que ya pusimos de manifiesto en la primera parte (capítulo cuarto). De ahí que otras normas hayan establecido (el supuesto más emblemático es la legislación valenciana) un complejo entramado de momentos temporales que suponen, en la práctica, la incorporación al proceso de todos los trabajadores en plantilla, con independencia de su momento de acceso a la condición de laboral. La Ley 1/1996 de 26 de abril de adaptación del régimen jurídico de la Administración valenciana es el resultado de la doctrina de la STC 99/1987 y de su incorporación a la LFP a través de la reforma acaecida por ley 6/1990 de 14 de noviembre. A pesar de que esta última norma habilitaba un proceso de funcionarización, el propio legislador valenciano reconoce, posteriormente, la demora en su instrumentalización, de tal forma que la Generalitat permitió la provisión de puestos de funcionarios a favor de trabajadores afectados por la hipotética funcionarización a lo largo del período 1993-1995, concursos que fueron en muchos casos anulados por la jurisdicción. De todo este *totum revolutum* se hace eco la Ley 1/1996, de tal forma que habilita la funcionarización del personal laboral en cuatro colectivos, considerando entre otros factores el de la fecha de incorporación al empleo público laboral de la Comunidad, con el resultado de que la fecha de aprobación de la reforma de 1990, teórica fecha significativa, pierde todo su valor.

d) la dificultad que supone el establecimiento de una fecha exacta es evidente cuando las funciones públicas afectadas están en un período de creación o reorganización. Nos hemos referido ya a la incoherencia aplicativa de una referencia temporal cuando la funcionarización afecta a trabajadores que inicialmente fueron contratados para puestos correspondientes a áreas de actividades que requiriesen conocimientos técnicos especializados cuando no existían Cuerpos o Escalas de funcionarios cuyos miembros tuvieran la preparación específica necesaria para su desempeño (art.15.1.c, cuarto supuesto, de la LMRFP). Es evidente, que en este caso, la creación posterior de tal Cuerpo o Escala supone que todos los nuevos empleados tendrán consideración funcional, pero se restringe la funcionarización de los laborales que se incorporaron cuando el Cuerpo o Escala no existía, pero con posterioridad a la entrada en vigor de la correspondiente Ley. A

este supuesto cabría añadir todos aquellos contratados cuando no existía Cuerpo o Escala funcional, aunque no se tratara de un supuesto de conocimientos técnicos especializados, y un supuesto especial, cual es la integración de trabajadores como consecuencia de procesos de transferencias de servicios públicos o subrogación entre administraciones públicas. La solución dada a este problema ha sido aportada por alguna legislación autonómica, y nos parece plenamente coherente: la funcionarización será posible, si bien el marco temporal no será el genérico de la ley de función pública sino el de la entrada en vigor de la ley específica que crea el cuerpo o escala o que regula la integración de trabajadores en el mismo¹², o en el caso de transferencias o traspasos, al momento en que ello acontece¹³.

e) entendemos, por lo demás, que las referencias que la legislación autonómica efectúa directa o indirectamente a la reforma del art.15 de la LMRFP no pueden aplicarse de forma adecuada al 30 de julio de 1988¹⁴, sino que, en todo caso, la consideración temporal debe hacerse en función de la adaptación legislativa que haya llevado a cabo cada Comunidad¹⁵,

¹² Vid., DA 2ª de la Ley 9/1999 de 26 de mayo de conservación de la naturaleza de Castilla La Mancha.; Ley 12/1992 de 9 de noviembre de creación de determinadas escalas de personal funcionario de la Xunta de Galicia y DA 5ª de la Ley 5/2000 de 28 de diciembre de creación de la escala de profesores del INEF de Galicia.

¹³ Vid. DA 8ª de la Ley 14/2001 de 29 de octubre de atribución de competencias a los Consejos insulares de las Baleares en materia de servicios sociales y seguridad social. El CC del personal laboral de la Comunidad de les Illes Balears forzó a la habilitación de un nuevo proceso para el personal transferido con posterioridad a la aplicación de la Ley, concretándose en las convocatorias, de tal manera que el personal fijo transferido puede optar al proceso con independencia del momento en que adquirió tal condición y de la fecha de su traspaso a la Comunidad. Vid., al respecto, el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Baleares de 19-10-2001 (BOIB 30-10-2001). Sin embargo, si la transferencia fue anterior a la reforma de la ley de FP, puede situarse también el marco temporal en esa entrada en vigor: así, funcionarización del personal laboral transferido del ICONA, Diputación Provincial y Diputación Regional a la Comunidad cántabra (DT 2ª LFP Cantabria).

¹⁴ En este sentido, la DA 13ª de la LFP de Galicia, añadida por Ley 3/2002 de 29 de abril de medidas de régimen fiscal y administrativo, establece el proceso de funcionarización “...por el turno de afectados por el artículo 15 de la Ley 30/1984 de 2 de agosto..”.

¹⁵ Es significativo, en este parecer, que mientras el Consejo de Estado ha entendido como norma básica la DT 15ª LMRFP, a pesar de que formalmente no se prevé así, por cuanto la disposición es una excepción a una norma declarada básica como es la que regula el acceso libre a la función pública, no parece considerar como básica la referencia al 30 de julio de 1988, sino que considera plenamente adecuado que cada norma autonómica (“parece razonable y lógico..., pero con el límite temporal consistente en la entrada en vigor de la ley...”, en el caso en cuestión, de FP de Valencia) fije esa referencia temporal a la fecha de su promulgación o de su modificación. (Dictamen del Consejo de Estado de 30 de junio de 1994).

ya sea modificando la relación de puestos adscritos a personal laboral, ya sea creando determinados Cuerpos o Escalas.

f) las anteriores circunstancias, señaladas en los apartados c), d) y e) ha conllevado un determinado tipo de actuación legislativa, consistente en fijar, finalmente, un marco temporal no vinculado ni a la reforma de su ley de función pública, ni a la creación de determinados Cuerpos y Escalas o cualquier otra circunstancia objetiva, sino, exclusivamente, al momento específico en que el poder legislativo manifiesta su voluntad, a través de Ley, de solventar de forma definitiva la problemática, generalmente tras un proceso de negociación con las organizaciones sindicales, o de la aplicación de procesos internos de movilidad o promoción interna¹⁶. En este supuesto, no hay más razón objetiva, en cuanto al marco temporal, que la promulgación de la citada Ley, o incluso un momento *ad futurum*¹⁷.

El ejemplo más cercano es el de la legislación catalana; la originaria DT 10^a.3 de la LFP Cataluña, según redactado dado por la Ley de 1994, luego refundida en el texto de 1997, ubicaba el momento temporal en la entrada en vigor de tal ley (4 de agosto de 1994). Sin embargo, la demora en la aplicación y el resultado de la negociación colectiva conllevó la inclusión de una nueva DT 12^a, a través de la Ley 15/2000 de 29 de diciembre en donde se permite también la participación “...*al personal que en fecha 1 de enero de 2001 preste servicios en la Administración de la Generalitat de Cataluña...*” (DT 12^a.1), fecha esta última que objetivamente no tiene mayor soporte que la referencia de la promulgación de la nueva DT, de tal forma que en las convocatorias se recogen expresamente una y otra

¹⁶ Así, mientras la LFP Baleares parece referirse al momento de entrada en vigor de la Ley de 1989 como el elemento temporal determinante, la articulación del proceso desvirtúa cualquier planteamiento al respecto, de tal manera que incluso el Acuerdo de 3 de marzo de 2000 entre la Administración y los sindicatos (BOIB 8-4-2000) fija una promoción interna del personal laboral, e “*inmediatamente se convocará la funcionarización de este personal*” (Acuerdo séptimo).

¹⁷ Así lo preveía la nueva DA 8^a.1 a la LFP Asturias, según redactado dado por la Ley 4/1996, suspendida en su aplicación por el Tribunal Constitucional (autos y providencia de 8-4-1997 y 24-6-1997), habilitando la participación en la funcionarización de los trabajadores que ocuparan puestos de funcionarios a la entrada en vigor de la ley y estuvieran desempeñando puestos en las RPT “...*o que en el futuro pudieran ser incluidas en ellas...*”.

fecha¹⁸. En otros supuestos, como ya hemos indicado, no escasos en número, la norma legal simplemente obvia cualquier referencia temporal, estableciendo únicamente el proceso de funcionarización con unos requisitos en los que no se incluyen factores temporales.

II.3.- Administraciones Locales.

En cuanto a las corporaciones locales ya hemos tenido ocasión de señalar en la primera parte de esta tesis, que la STC 37/2002 ha declarado constitucional el art.92.2 de la LBRL, por contener una determinación material suficiente de los puestos de trabajo que han de desarrollar los funcionarios y cuáles pueden ser adscritos a régimen laboral; tal determinación vendría a ser, como también ya hemos indicado en su momento, que podrán ser ejercidos por personal laboral los puestos no decisorios o los que no impliquen una responsabilidad especial, esto es, las funciones con claro carácter instrumental¹⁹.

Desde esta óptica, el ámbito temporal aplicable a la funcionarización del personal laboral de las corporaciones locales sería el día de entrada en vigor de la LBRL de 1985 (23-4-1985²⁰), si bien con no pocos matices y modulaciones. Las razones, a nuestro juicio son las siguientes:

a) si bien la LBRL de 1985 cuenta con un derecho antecedente, no nos parecen jurídicamente prácticas las razones que abogan por una restricción del proceso de funcionarización al momento en que normas anteriores a la LBRL establecieron el régimen funcionarial como el predominante en el ámbito local. En este sentido, se ha defendido que el carácter no básico del originario art.15.1 de la LMRFP de 1984, que generalizó la laboralización, impide considerar la validez de tal laboralización en el ámbito local, de

¹⁸ Así, “*tener, en fecha 4 de agosto de 1994 o en fecha 1 de enero de 2001, la condición de personal laboral fijo...*” (convocatoria de funcionarización de auxiliares administrativos y administrativos, DOGC 17-9-2002).

¹⁹ MAURI MAJOS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.57.

²⁰ Como nada dice el texto de la LBRL sobre su entrada en vigor, tenemos que aplicar el art.2.1 del Código Civil, por lo que consecuentemente el día 23-4-1985 finaliza la *vacatio legis* de los veinte días –la ley fue publicada en el BOE de 3-4-1985- y entró en vigor en todos aquellos apartados y preceptos que no requieran un desarrollo legislativo o ya resultara posible su aplicación inmediata, como es el caso del art.92.2.

forma que en éste el régimen general era el funcionarial; a juicio de esta posición –que rechazamos-, la Corporación local que actuó al amparo del originario art.15 incurrió en infracción jurídica, y la fórmula de solventar la cuestión son los procedimientos de revisión regulados en los arts.102 y 103 de la Ley 30/1992²¹. De aceptar tal criterio, idéntica posición debería aplicarse a las Comunidades Autónomas e, incluso, al propio Estado, por cuanto la LFCE de 1964 seguía y sigue formalmente vigente y en ella –tuvimos ocasión de plantearlo en el capítulo segundo de esta segunda parte-, la opción era la del régimen funcionarial.

b) El carácter supletorio de la LMRFP de 1984 no puede ignorarse en el correcto planteamiento de la cuestión, y de ahí que en numerosas Corporaciones locales se optara en su momento por la laboralización precisamente al amparo del precitado art.15.1. Y de igual forma que, tras la promulgación de la CE, es la LMRFP en su redacción de 1984 y su modificación de 1988 el punto de referencia del proceso funcionarizador, idéntico criterio mantenemos para la esfera local con la LBRL, que fue la que desarrolló el mandato constitucional de una norma que garantiza la autonomía local y regula todos los aspectos que a ella afecta, incluido el de sus recursos humanos.

Sin embargo, a la hora de tomar como punto de referencia la LBRL, debe matizarse algún aspecto. La posición mantenida por el Alto Tribunal en la STC 37/2002 debe completarse precisamente con el criterio que mantuvo la Abogacía de la Generalidad en el contencioso referido, en el sentido de que en tal clasificación entre funcionarios y laborales en el régimen local el art.92.2 hace una remisión al propio desarrollo del precepto (“y, *en general, aquellas que, en desarrollo de la presente ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función...*”), remisión a normas posteriores de desarrollo que debe entenderse hecha a la legislación autonómica en función de las competencias que tengan asumidas, y no debería entenderse efectiva a las normas reglamentarias estatales que puedan vaciar de contenido la competencia estatal, si bien el legislador estatal podría desarrollarla a través de una

²¹ COSTA CASTELLÁ, Eduardo: “*Patologías de la funcionarización...*”, ob.cit., pág.6.

normativa básica, lo cual no ha sucedido²². Por ello, a nuestro juicio, el ámbito temporal en los procesos de funcionarización no será único en todos los casos, sino que debemos señalar dos diferentes:

1) en primer lugar, el ámbito temporal de los puestos que impliquen ejercicio de autoridad, como uno de los supuestos reservados a funcionarios habida cuenta su condición de funciones públicas.

Es el primer supuesto del art.92.2 de la LBRL; hipotéticamente también se incluiría en este ámbito temporal todas aquellas funciones denominadas “*reservadas*” (esto es, las que impliquen ejercicio de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, control y fiscalización interno de la gestión económico-financiera y presupuestaria, contabilidad y tesorería, cuando no sean atribuidas a funcionarios de habilitación de carácter nacional). A nuestro juicio, el ámbito temporal aplicable a los puestos laborales de las Corporaciones locales que desarrollaran estas funciones sería el de la fecha de entrada en vigor de la Ley 7/1985 de 2 de abril de Bases de Régimen Local. En consecuencia, a partir de esa entrada en vigor, no hubiera sido posible adscribir a laborales puestos de tal naturaleza y, por lo tanto, el proceso de funcionarización sólo abarcaría a los contratados con anterioridad o por un proceso selectivo convocado con anterioridad a esa fecha.

2) En cuanto al tercer supuesto del art.92.2 de la LBRL, antes mencionado, la respuesta no podrá ser uniforme. Es cierto que la STC 37/2002 establece que el precepto introduce una determinación material suficiente, pero también que las Comunidades Autónomas, si han ejercido su competencia estatutaria, podrán establecer las condiciones y los límites materiales para la determinación que indica el propio art.92.2. Por otro lado, a pesar de la afirmación del Tribunal Constitucional, no puede obviarse que los argumentos señalados en el ATSJ Cataluña de 26-11-1993 planteando la cuestión de inconstitucionalidad no pueden ignorarse, y así acordamos con este auto que ciertamente los conceptos “*objetividad*”,

²² MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.57; exceptuamos, sin embargo, los arts.167 y 169 del TRRL, por cuanto el art.60.4 de la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social les ha conferido, sorpresivamente, carácter de básicos.

“imparcialidad” e “independencia” son conceptos jurídicos indeterminados, que a la hora de ser aplicados por parte del operador jurídico, más concretamente, las Corporaciones locales, ha dado lugar a un auténtico dislate de puestos atribuidos a funcionarios o laborales de manera no sólo diferente entre entidades locales diferenciadas sino dentro de una misma Corporación, e incluso también entre la propia jurisprudencia²³, por cuanto al dar una solución a la indeterminación de los conceptos, se han aplicado soluciones diversas, desde acudir al art.15.1.c de la LMRFP como remitirse a la normativa autonómica²⁴

Por ello entendemos que, sin perjuicio de tomar en consideración los preceptos estatales, es adecuado también la aplicación de la normativa autonómica de desarrollo cuando esta haya llevado a cabo tal opción, en base al principio de equivalencia entre el régimen jurídico del funcionariado autonómico y el régimen jurídico del funcionariado local. De ahí que la solución al innegable conflicto que acontece en el ámbito local en todos aquellos puestos que no implican con claridad un ejercicio de autoridad o son funciones reservadas, es establecer como ámbito temporal de referencia para situar la corrección o no de los procesos de funcionarización el de la promulgación del precepto o ley autonómica que, de conformidad con la doctrina de la STC 99/1987, distingue con claridad qué puestos corresponden a personal funcionario y cuáles son de adscripción potestativa –u obligatoria, si así fuera el caso- a personal laboral.

En cuanto a su aplicación práctica, la consulta de las diversas convocatorias acredita la ausencia de un criterio uniforme, optándose por tres posibles opciones, entre las cuales no se incorpora significativamente la que hemos defendido a lo largo de este capítulo, excepción hecha de la remisión a la norma autonómica.

²³ Baste recordar los pronunciamientos no siempre uniformes sobre la correcta o incorrecta clasificación laboral de determinadas plazas. Así, la STS 25-2-1986 y STSJ Madrid 17-3-1995 razonaron que las plazas de administrativos (grupo C) deben ser ocupados por funcionarios, en tanto que la STS 18-6-1991 señalaba que, para plazas de Letrados consistoriales (grupo A), no hay norma legal que impida su carácter laboral, en tanto que otros pronunciamientos (así, STSJ Comunidad Valenciana 25-10-2001) considera tales puestos de cobertura funcionarial.

²⁴ Recordando lo señalado en su momento, mencionaremos la STS 3-2-1997 y la STSJ Andalucía/Granada 9-3-1998, que se refieren al art.15.1.c LMRFP, en tanto que la STSJ Comunidad Valenciana 17-2-1999 aplica la normativa autonómica., ante la insuficiencia reguladora de las normas locales del Estado.

a) de forma prácticamente mayoritaria, las Corporaciones locales no incorporan ningún ámbito de referencia temporal en sus convocatorias; ante ello, cabe entender que cualquier trabajador afectado, que ocupa el puesto en el momento de aprobarse aquellas, puede optar a la condición de funcionario. Con carácter general el elemento de referencia es la aprobación inicial, o de su reforma, de la RPT²⁵, pero tampoco parece que cuando ello acontece se requiera que el trabajador ocupara tal puesto en el momento de esa aprobación, y en menor número el momento de referencia es la aprobación de la norma colectiva que regula la funcionarización en la específica Corporación²⁶ o la solicitud de una determinada antigüedad en la entidad local, supuesto a todas luces sin ningún soporte legal²⁷. La conclusión que puede mantenerse de la lectura detallada de todas ellas es que, en la práctica, las bases aceptan la participación de todo aquel trabajador que en el momento de aprobarse la convocatoria está vinculado con la Administración por un contrato de trabajo y ocupando un puesto funcionarizado, ya sea porque así lo establece la RPT, el Convenio Colectivo o Acuerdo de Condiciones o cualquier otra norma reglamentaria interna o convencional²⁸.

²⁵ Tal supuesto es tan mayoritario, que la cita de ejemplos sería redundante. Destacaremos, por el tamaño o importancia de las corporaciones afectadas, la funcionarización del servicio recaudatorio de la Diputación Provincial de León (BOP de León 2-12-1994), Ayuntamiento de Jaca (BOP de Huesca 31-8-2001) Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002), Ayuntamiento de Cartagena (BORM 17-4-2001) –que permite incluso la participación de aquellos laborales subrogados que no ostentaban la condición de fijos al inicio del plazo de presentación de instancias pero si antes “*de concluir el proceso selectivo...*”- o el Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002)

²⁶ Funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Moratalla (BORM 3-12-2002), Ayuntamiento de Lorca (BORM 12-12-2002, 28-1-2003 y 4-2-2003), Ayuntamiento de Lorquí (BORM 15-3-2003) y procesos de funcionarización del Ayuntamiento de Calahorra (BOLRi 19-6-2001, 23-1-2003).

²⁷ Ayuntamiento de Mombeltrán, convocatoria de plazas de auxiliar administrativo requiriendo una antigüedad como trabajadores fijos de dos años (BOP de Ávila 11-2-2002); Diputación Provincial de Barcelona, , donde se exigió una antigüedad de dos años (BOP de Barcelona 17-4-1995 y 7-8-1997); Ayuntamiento de Villaquilambre, cuatro años como trabajador de la Corporación (BOCyL 8-1-2002); Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra, fijando como requisito ocho años de antigüedad como auxiliar administrativo (DOE 31-10-2002) y Ayuntamiento de la Granja de Torrehermosa, requiriendo diez años de servicios “*continuados*” (BOP de Badajoz 19-2-2001).

²⁸ Así, tomando como referencia la fecha del acuerdo del Pleno municipal: Ayuntamiento de Ceutí (BORM 1-7-2002) o Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002); la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias: Cuadrilla de La Guardia-Rioja Alavesa (BOTH de Álava 29-1-1999), Ayuntamiento de Palencia (BOCyL 3-1-2002), Ayuntamiento de Totana (BORM 3-9-2002) o Ayuntamiento de Jaca (BOP de Huesca 14-2-2002); con referencia genérica a “*estar en la actualidad ocupando alguno de los puestos de trabajo...*”, Ayuntamiento de Bigastro (BOP de Alicante 25-1-2002). Remitiéndose a la fecha de aprobación del Plan de Empleo que concretó inicialmente la convocatoria selectiva para funcionarizar a los laborales y estar incluido

b) remisión a los marcos temporales previstos por la legislación autonómica, aplicando en este supuesto el principio de equivalencia que hemos planteado en más de una ocasión en el sentido manifestado por la doctrina²⁹, siendo el procedimiento más habitual llevado a cabo por las Corporaciones locales de la Comunidad Valenciana³⁰ y en menor grado por los entes locales de Cataluña.

c) remisión al marco temporal fijado por la Ley 23/1988 de reforma de la LMRFP de 1984, aplicando por tanto con carácter supletorio la fecha de 30 de julio de 1988 al ámbito local de forma directa³¹ o bien a través de una interpretación indirecta, al establecerse que la funcionarización se llevará a cabo a través de la regulación legal de la Ley 23/1988 y normas concordantes³².

II.4.- Administración universitaria.

Como tuvimos ocasión de señalar en la primera parte (capítulo primero) de esta tesis, la funcionarización ha sido un proceso que ha afectado de manera extensiva a las Universidades Públicas, tanto por el número de las que han aprobado procesos de este tipo como por el volumen del personal incluido. Nos remitimos a aquel momento para establecer el régimen jurídico aplicable a tal funcionarización, pero vale la pena recordar

en el Plan de Empleo que aprueba tal funcionarización: *vid.* las convocatorias de la Diputación Provincial de Badajoz (BOP de Badajoz 27-3-2003).

²⁹ MAURI MAJOS, Joan: “*Selecció...*”, ob.cit., pág.122 y siguientes, que fija como fecha de referencia para el personal de los entes locales catalanes el 1 de enero de 2001, en línea con lo previsto por la DT 12ª de la LFP Cataluña, anteriormente comentada (pág.124).

³⁰ Funcionarización del Ayuntamiento de Finestrat (BOP de Alicante 2-3-2002), Ayuntamiento de Teulada (BOP de Alicante 5-3-2002), Ayuntamiento de Benidorm (BOP de Alicante 9-5-2002) Ayuntamiento de Godela (BOP de Valencia 15-3-2003). Es posible localizar convocatorias que tampoco respetan esta ámbito temporal y se remiten directamente o indirectamente al momento de la convocatoria (Ayuntamiento de Balones, BOP de Alicante 16-5-2003).

³¹ Proceso de funcionarización del Ayuntamiento de San Vicente de Alcántara (BOP de Badajoz 21-4-2001 y 29-10-2001) y del Ayuntamiento de Santa María de los Llanos (BOP de Cuenca 7-4-2003). Entre las bases más recientes, las de funcionarización de los Educadores de Menores de la Diputación Provincial de Segovia (BOCyL 23-12-2003).

³² Funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Mombeltrán (BOCyL 20-2-2002) y Diputación Provincial de Salamanca (BOCyL 12-7-2002).

que, en cuanto al proceso selectivo de las Universidades, desde la perspectiva de la funcionarización, no hay un procedimiento seguro para el mismo. Siguiendo el esquema citado podemos señalar que:

- a) no hay una normativa estatal o autonómica, que afecte al PAS, que regule la distribución de puestos entre funcionarios y laborales así como un proceso de funcionarización *ad hoc* para el mismo, excepción hecha de normas autonómicas específicas, como es el caso de la reciente Ley andaluza de Universidades de 2003.
- b) sí que se aplicable al citado personal las normas estatales y autonómicas que regulan el régimen de función pública, la prelación de las cuales vendrá dado por el carácter básico o no de aquellas primeras.
- c) la legislación autonómica será de aplicación al PAS de la Universidad, aunque falte una referencia expresa a tal aplicación; son diversas las Comunidades que han legislado en ese sentido, lo que supone aceptar por parte de la jurisprudencia y la doctrina teórica que las Comunidades Autónomas pueden legislar sobre el PAS, sino contradicen la legislación básica estatal y no lesionan el contenido esencial de la autonomía universitaria, con la condición de que los respectivos Estatutos de Autonomía hayan asumido competencias sobre función pública y enseñanza universitaria³³.

A nuestro juicio, ello supone establecer un doble ámbito de regulación normativa en cuanto a la hipotética funcionarización del personal laboral de las Universidades Públicas y, más concretamente, en cuanto al marco temporal de aquella:

- a) las Universidades Públicas de territorios autonómicos en donde la Comunidad ha legislado al respecto, asumiendo competencias de función pública universitaria, en base al referido principio de identidad o equivalencia, el marco temporal debiera ser

³³ Recordar, al respecto, a TARDÍO PATO, José Antonio: “*El orden...*”, págs.659, 662 y 664.

el mismo que se fije para el personal laboral de la Comunidad. Es el supuesto de Cataluña, en donde la previsión del art.2.2.b) de la LFP Cataluña que aplica la ley “*al personal de las universidades, con respeto a la autonomía universitaria*”, supone que el ámbito temporal será, en todo caso, el 1 de enero de 2001.

- b) Las Universidades Públicas situadas en Comunidades Autónomas que no han ejercido tal competencia. En este supuesto, cabría abogar por una aplicación supletoria del art.15.1.c LMRFP y, consiguientemente, de la fecha de referencia del 30 de julio de 1988, ya comentada. Ello, sin embargo, no solventa los problemas aplicativos que se derivan, por cuanto en la mayoría de ellas se gestionaron los recursos humanos desconociendo durante largo tiempo el art.15.1.c según redacción dada por la Ley 23/1988.

El análisis práctico de las convocatorias llevadas a cabo hasta el momento presente acredita las siguientes pautas de actuación:

- una opción mayoritaria de Universidades propone como fecha de referencia el 30 de julio de 1988, siguiendo el esquema fijado por la DT 15ª LMRFP. Esta decisión abarca a Universidades de la mayoría de Comunidades Autónomas³⁴ y evidentemente las que dependen de la Administración del Estado³⁵.

- otra segunda opción opta por la legislación autonómica³⁶.

³⁴ Entre otras, Universidad Complutense de Madrid (BOE 26, 29 y 30-11-1993, 24-4-2001), Universidad de Jaén (BOE 18-3-1994), Universidad de Salamanca (BOE 9-2-1995 y 27-11-1997) y Universidad Autónoma de Madrid (BOE 6-7 y 31-10-1995, 7-2-2000).

³⁵ Universidad Nacional de Educación a Distancia (BOE 23-1-1995).

³⁶ Por la remisión que el propio texto de la convocatoria efectúa a la legislación autonómica catalana (DT 10ª LFP Cataluña), entendemos que la funcionarización de las Universidades catalanas sigue el criterio planteado en base al principio de equivalencia (Universidad Autónoma, DOGC 1-3-2000; Universidad de Girona, DOGC 13-12-2001). La primera funcionarización en el ámbito universitario localizada (Universidad Politécnica de Cataluña), ya optó por la aplicación de la legislación autonómica, si bien hizo depender el marco temporal de un posterior Decreto del Rector fijando los puestos como funcionariales, lo que la aproximaba a la funcionarizaciones en base a RPT (DOGC 7-9-1988).

- fijación como ámbito temporal el de la aprobación o publicación de la correspondiente RPT³⁷.
- la fecha de creación del correspondiente Cuerpo o Escala funcionarial, cuando previamente tal no existía en la Universidad correspondiente, por lo que en este caso tal momento temporal, determinado por acuerdo del Consejo Social correspondiente, se adopta como marco de referencia³⁸.
- la fecha de creación de la correspondiente Universidad Pública, establecida en la fecha de entrada en vigor de la Ley de creación³⁹ o de integración de determinado colectivo laboral en la plantilla de la nueva Universidad⁴⁰.
- fechas de referencia sin especificación alguna según los expedientes y datos consultados⁴¹.
- finalmente, un conjunto de Universidades no optan por ninguna fecha de referencia, lo que supone en la práctica que la condición de laboral fijo al momento de finalizar el plazo de presentación de instancias es la única referencia temporal⁴².

³⁷ Universidad de Castilla-La Mancha (BOE 29-8-1995, 3-11-1998 y 5-3-2000), aunque en las primeras convocatorias optó por el criterio temporal estatal (BOE 10-8-1991); Universidad de Cantabria (BOE 5-6-1998 y BOC 4-3-2003), Universidad de Burgos (BOE 30-11-1999) o Universidad de Zaragoza (BOA 25-4-2003).

³⁸ Universidad de Murcia, en relación a sus Cuerpos de funcionarios del área de informática (BOE 3-10-1995).

³⁹ Universidad de Burgos (BOE 26-8-1998).

⁴⁰ Universidad Rey Juan Carlos (BOE 22-11-2000).

⁴¹ Así en la Universidad de Málaga las fechas son completamente aleatorias: la condición de laboral debía haberse adquirido con anterioridad al mes de octubre de 1991 (funcionarización de Administrativos, BOE 18-12-1998) o 31-4-1986 –esto es, antes incluso de la promulgación de la Ley 28-7-1988- (funcionarización de técnicos de gestión, BOE 22-12-1998).

⁴² Universidad de Almería (BOE 3 y 4-5-1994), Universidad de Huelva (BOE 3-11-1994), Universidad de Sevilla (BOE 21-3-1994 y 17-10-1995) Universidad Internacional de Andalucía (BOE 5-6-1996), Universidad de Granada, campus de Melilla y Ceuta (BOE 27-10-2000) y Universidad de Murcia (BORM 6-9-2002), entre otras.

III.- TRABAJADORES CON CONTRATO LABORAL FIJO FORMALIZADO CON ANTERIORIDAD A LA FECHA DE REFERENCIA LEGAL.

En cuanto a esta segunda cuestión que hemos planteado al inicio –consecuencias jurídicas para los trabajadores que han adquirido la condición de fijos con anterioridad a la fecha señalada en la normativa de aplicación-, y refiriéndonos al ámbito estatal, el diseño de los procesos de funcionarización se dirige a todos aquellos supuestos en los que los trabajadores fijos adquirieron tal condición al amparo de una legislación que no recogía la doctrina sentada por la STC 99/1987 de 11 de junio, lo cual no aconteció en la Administración del Estado y de la Seguridad Social hasta el 30 de julio de 1988, pero excluyen, *a sensu contrari*, a todos aquellos que adquirieron la condición de fijos con posterioridad a la referida reforma legal, salvo que se tratara de procesos selectivos convocados con anterioridad. Las excepciones, menos usuales, serían la de aquellos supuestos en que el marco de referencia es la creación del Cuerpo o Escala funcional a las que va a integrarse.

La lógica del planteamiento es, teóricamente, impecable: tras la promulgación de la Ley 23/1988, que reformó el tan citado art.15.1.c de la LMRFP, ningún puesto de trabajo reservado a personal funcionario debe haber sido convocado y cubierto por personal laboral⁴³ y con ello se trata de resolver situaciones preexistentes a la nueva norma⁴⁴. Para el ámbito autonómico y local, como hemos tenido ya ocasión de señalar, la respuesta jurídica es muchísimo más compleja; hemos constatado la pluralidad de tratamientos ofrecidos, que no siempre se han adaptado a la lógica seguida por la normativa estatal. Por ello, a

⁴³ Dato aparente sobre el cual mantenemos serias dudas, y de ahí el desarrollo de la cuestión a lo largo del texto principal. Valga al respecto la información facilitada por el Informe de Gestión de la Secretaría de Administración Central presentado al VII Congreso Federal de la FSP-UGT, celebrado en mayo de 2002: el sindicato alerta sobre el importe número de trabajadores que quedan fuera de los procesos de funcionarización en el Ministerio de Defensa por haber formalizado contratos de trabajo en puestos de funcionarios a partir de 1988, incorporación irregular que parece extenderse hasta 1998. (apartado II.8.3). Algunas convocatorias efectivas así lo atestiguan, restringiendo expresamente tal participación. Así, la Resolución de 29-3-1999 del MAP de convocatoria de funcionarización de la Escala técnica de gestión de OOAA del INEM (354 plazas), no permite la participación de aquellos trabajadores que ocupen puestos de trabajo declarados de funcionarios y que ingresaron como fijos a través de la convocatoria de 14-12-1998, esto es, con posterioridad a la Ley 23/1988 de 28 de julio.

⁴⁴ Se califica así tal fecha de referencia como una congruente expresión de la técnica legislativa que permite dar acomodo legal a las referidas “*situaciones preexistentes*” (SAN 13-7-2001).

continuación plantearemos las diferentes cuestiones derivadas del citado marco temporal según la normativa del Estado –salvo algunas referencias específicas a la legislación autonómica y local, cuando procedan por su singularidad-, a fin de centrar el más que problemático tratamiento del factor temporal en el proceso de funcionarización. En todo caso, entendemos que las reflexiones y conclusiones que se extraen para el ámbito estatal son predicables en las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en base a su propia legislación y al marco temporal que en ellas se establezca.

La aparente claridad de la DT 15ª de la LMRFP se descompone en el momento de prever el proceso selectivo concreto y específico, lo que supone que al aplicar las bases de la convocatoria surgen algunos problemas no menores, por lo general vinculados a procesos de movilidad geográfica o funcional, al amparo de la legislación laboral y/o convencional.

A) En primer término, cabe plantear los límites que la DT 15ª parece imponer a la participación de aquellos trabajadores que ocuparon puestos reservados a funcionarios pero que habiéndolos desempeñado en un determinado momento no mantenían tal situación cuando menos el exacto día de la entrada en vigor de la Ley 23/1988, pues una interpretación literal del precepto parece hacer pender esa participación de la exacta adscripción en el puesto a la fecha de 30 de julio de 1988.

Por el contrario, también aparentemente acreditando esa adscripción el mencionado día parece habilitarse la participación a todo aquel trabajador que cumpla el requisito, aunque con posterioridad, ya sea por un proceso de movilidad funcional, como de movilidad geográfica, deje de desempeñarlo, pasando a desempeñar uno nuevo, ya sea reservado a personal laboral o a personal funcionario.

B) en segundo lugar, en cuanto a la nueva fórmula prevista en el art.121 de la Ley 13/1996, se establece que aquel trabajador fijo que adquiriera tal condición con posterioridad al día 30 de julio de 1988, pero merced a un proceso selectivo convocado con anterioridad, también podrá participar en la funcionarización, siempre y cuando sea destinado con ocasión de su efectivo ingreso a un puesto reservado a funcionario. La previsión del art.121 deja fuera del

proceso, también *prima facie*, a quien se le adscribe con posterioridad al ingreso en puesto reservado a funcionario, aunque fuese hipotéticamente al día siguiente de tal evento, pero no el exacto primer día. Por el contrario, cabe plantearse, en una parecida lógica a la que hemos manifestado en el anterior punto, que del redactado literal parece habilitarse la participación a aquél que con ocasión de su ingreso se le adscribe a un puesto reservado a funcionario aunque con posterioridad pase a otro puesto, laboral o funcionario.

Creemos que en ambos supuestos (A y B), la interpretación lógica de la DT 15ª debe efectuarse no literalmente sino en función de la finalidad de la norma, de forma integrada con el resto de la normativa de empleo público. En base a esta consideración, esencial, planteamos las siguientes conclusiones, siempre partiendo de la premisa de que con posterioridad a la Ley 23/1988, la Administración Pública no ha creado ni ha convocado como personal laboral plaza alguna que corresponda, según el art.15.1.c de la LMRFP a personal funcionario.

Como primera conclusión, que un puesto de trabajo reservado a personal funcionario esté ocupado en fecha 30 de julio de 1988 por un trabajador, no le otorga un derecho incondicionado a participar en el proceso de funcionarización. Será necesario el cumplimiento de tres requisitos añadidos:

- a) la adscripción del puesto de laboral a funcionario en virtud de acuerdo del órgano o departamento correspondiente –en el caso de la Administración del Estado, por Resolución de la CECIR-;
- b) que la Administración Pública apruebe y lleve a cabo la correspondiente convocatoria de selección;
- c) que el aspirante ocupe en ese momento el referido puesto y mantenga tal circunstancia hasta la finalización del proceso selectivo y toma de posesión. Habiéndolo ocupado el 30 de julio pero no hacerlo en la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias, inhabilitaría a nuestro juicio para tal participación: tanto porque así se prevé en cuanto a la exigencia de requisitos en los procesos selectivos como por la propia lógica del proceso de funcionarización, que

se deriva del derecho de estabilidad que la ley reconoce (no cabrá la garantía al trabajador no funcionarizado su permanencia en el puesto si otro candidato que ya no lo ocupa –pero lo ocupó a 30-7-1988- puede consolidar la citada plaza), y tal situación además deberá mantenerse hasta el momento de juramento y toma de posesión como funcionario de carrera.

Una interpretación literalista de la ley, en sentido contrario al aquí expresado, significaría una “*solidificación*” de la situación a 30 de julio, que a todas luces colisionaría con el ejercicio del *ius variandii* y de la movilidad, fundamentalmente geográfica y funcional, por parte de la Administración desde la perspectiva laboral, pero también –nada desdeñable- de los procesos de provisión de puestos de trabajo previstos convencionalmente para el personal laboral.

Por ello, en nuestra posición creemos que la condición de que “*el personal laboral fijo que, a la entrada en vigor de la presente Ley, se hallare prestando servicios en la Administración (...) en puestos reservados a funcionarios*” no debe considerarse en relación al puesto toponímicamente hablando que ocupare a 30 de julio, sino a ese o a cualquier otro de su categoría o grupo profesional que se desempeñe con posterioridad, que corresponderá en virtud del art.15.1.c de la LMRFP a personal funcionario, pero que en su ámbito sea ocupado por trabajadores de determinada categoría o grupo profesional⁴⁵.

C) finalmente, la referencia temporal fijada por la ley no implica una inmediata adscripción del puesto al régimen funcionarial, sino que requiere una posterior actuación del poder público, a través de la RPT o, en su caso, del catálogo de puestos con contenido similar a la RPT, tal como ya tuvimos ocasión de exponer. En este caso, para el ámbito estatal, corresponde a la CECIR clasificar los puestos laborales como funcionariales: la norma legal obliga a tal reclasificación, pero no impone una inmediatez ni tampoco automaticidad, sino

⁴⁵ Así, si desde el 30 de julio de 1988 los puestos de trabajo de “*técnicos de catastro*” deben ser ejercidos por funcionarios públicos, todo aquél trabajador que a esa fecha tuviera la condición de laboral fijo podrá participar si, cuando se convoque el proceso específico, continua ostentando la susodicha condición de laboral y ocupe una plaza de técnico de catastro, sea la misma que ejercía el 30 de julio u otra distinta. Por el contrario, si en el momento de la convocatoria ocupa plaza de personal laboral, para nada importará que a 30-7-1988 hubiera ocupado plaza reservada a funcionario.

que es posible “*en cualquier momento posterior, incluso por vía de recurso cuando se entienda que la CECIR no lo ha hecho adecuadamente.....*”, órgano éste que en el ámbito de la Administración estatal podrá modificar o ampliar los puestos clasificados, siempre de acuerdo con el art.15.1.c de la LMRFP (SAN 13-7-2001), si bien una adscripción alejada en el tiempo en relación a la norma legal que la permite o impone puede calificarse, cuanto menos, de una distorsión en el funcionamiento regular de la Administración Pública⁴⁶.

IV.- TRABAJADORES CON CONTRATO LABORAL FIJO FORMALIZADO CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE REFERENCIA LEGAL.

Mayor complejidad supone plantear la hipotética participación de trabajadores que adquirieron la condición con posterioridad a la entrada en vigor de la DT 15^a o de aquellos marcos de referencia temporal que legalmente se establezcan por parte de las Comunidades Autónomas o se deduzca jurídicamente son de aplicación a las corporaciones locales y universidades públicas. A los efectos de una mayor claridad expositiva en el texto, nos referiremos en todo momento al ámbito estatal, pero las consideraciones y conclusiones igualmente se predicán para los restantes ámbitos.

En este caso, tres son las situaciones a las que puede enfrentarse el operador jurídico:

- que tal condición de personal fijo se haya adquirido con posterioridad al 30 de julio, pero derivada de un proceso selectivo convocado con anterioridad. Visto que es posible la participación, debe únicamente delimitarse que se entiende por “*pruebas selectivas convocadas antes*” del 30 de julio (A)

⁴⁶ De “*anomalía*” en la utilización de la DT 15^a califica la STSJ Andalucía/Granada 17-5-1999 materializado ocho años después de la promulgación de la Ley 23/1988, para el ámbito estatal. Piénsese que, al cierre de la elaboración de la presente tesis doctoral, el Estado continúa publicando convocatorias de funcionarización, esto es, quince años después de la promulgación de la reforma de la LMRFP a través de la Ley 23/1988 de 28 de julio.

- que la adquisición de la condición de laboral fijo en puesto de trabajo adscrito a este tipo de personal suceda con posterioridad al 30-7-1988, pero con igual posterior decisión de la Administración de reclasificar el referido puesto como de funcionario (B)

- finalmente, la situación más problemática, cuál es la adquisición de fijo en puesto que de acuerdo con la ley debiera estar forzosamente adscrito desde el 30-7-1988 a personal funcionario (C)

A).- Como hemos tenido ocasión de señalar, el art.121 de la Ley 13/1996 autorizó la funcionarización de trabajadores fijos que adquirieron esta condición a partir de 30 de julio a través de “*pruebas selectivas convocadas antes de dicha fecha*”. La duda puede originarse en base al alcance exacto de la expresión citada, que puede referirse a la aprobación de la Oferta de Empleo Público, a la aprobación de las bases de la convocatoria o a la efectiva publicación de la convocatoria en los boletines oficiales⁴⁷.

Un análisis sistemático de los procesos selectivos del personal laboral (regulados, para el ámbito estatal, en el Título II del RGI) supone entender que la Oferta de Empleo Público y la convocatoria son instituciones jurídicas diferenciadas.

Ya hemos definido a la Oferta en su momento, como instrumento que prevé las necesidades de recursos humanos que no pueden ser cubiertas por los efectivos de personal existentes. Por el contrario, la convocatoria se configura como un acto posterior; mientras la Oferta de Empleo Público es aprobada por el Gobierno, corresponde a cada Departamento proceder a

⁴⁷ La reflexión podría ser obsoleta si no fuera que, partiendo de la DT 15ª, la legislación autonómica ha establecido otros marcos temporales, algunos muy recientes, con parecida o idéntica dicción a la norma estatal, por lo que aquí podemos señalar se predica en igual sentido en la funcionarización de las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales. No obstante, como también en el ámbito estatal los procesos selectivos para funcionarizar se han prolongado *ad eternum*, la reflexión igualmente es importante cuando uno de estos aparece en el BOE, pues la fecha del 30-7-1988 continúa siendo requisito inexcusable, aunque la convocatoria se lleve a cabo a mediados de la primera década del siglo XXI (piénsese que la última convocatoria detectada en el ámbito estatal, antes del cierre de la elaboración de esta tesis a 31 de diciembre de 2004, es la derivada de la Orden APU/3469/2003 de 26 de noviembre convocando una plaza para la escala técnica de gestión de OOAA (BOE 12-12-2003) y que escasos meses antes se aprobaba la Orden APU/2555/2003 de 31 de julio (BOE 16-9-2003) de funcionarización de la escala auxiliar del INEM, con un número indeterminado de plazas

convocar “los procesos selectivos para el acceso a las plazas vacantes adscritas a los mismos (...) de acuerdo con la Oferta de Empleo Público” (art.28.1 del RGI). Entendemos, en consecuencia, que la referencia del art.121 de la Ley 13/1996 no viene dada por la Oferta sino por la convocatoria, con lo que será perfectamente posible que dos convocatorias dimanantes de una misma Oferta de Empleo tengan tratamientos diferenciados, en función de que sean anteriores o no al 30 de julio de 1988.

Sólo nos falta delimitar cuando debe entenderse que una prueba selectiva ha sido convocada. Si bien de la redacción de la norma no se desprende una definición de ese momento, una interpretación lógica de la previsión legal y reglamentaria debe llevarnos a rechazar la publicación en el BOE o Diario Oficial correspondiente como fecha a tomar en consideración, por cuanto esa publicación es un requisito imprescindible para el inicio de todo el procedimiento, pero posterior a la convocatoria misma.

Tampoco debe confundirse la *convocatoria* con las *bases de la convocatoria*, si bien en numerosas ocasiones su aprobación es cronológicamente simultánea o incluso pueden materializarse en un mismo texto. La referencia a esta distinción es clara en la normativa⁴⁸ - no así siempre en la doctrina- de tal manera que definiendo a la convocatoria como “aquella invitación que hace la Administración a los ciudadanos en quienes concurren determinadas condiciones para incorporarse profesionalmente a su servicio”⁴⁹, en tanto que las bases se conforman como el conjunto de reglas por las que se regirán los distintos actos del procedimiento de selección⁵⁰, constituyendo lo que pacífica jurisprudencia ha denominado “la ley del concurso”. No obstante, un grupo de autores no distinguen entre una y otras, definiéndola a su vez como “invitación” pero también como “norma o conjunto

⁴⁸ “Las convocatorias, juntamente con sus bases, se publicarán en el Boletín Oficial del Estado” (art.15.1. RGI); “el departamento convocante podrá aprobar (...) bases generales en las que se determine el sistema selectivo, pruebas a superar, programas y formas de calificación aplicables a sucesivas convocatorias” (art.15.3 RGI); “las convocatorias o sus bases, una vez publicadas...” (art.15.5 RGI).

⁴⁹ VARONA ARCINIEGA, J.A: “El procedimiento selectivo en la Administración Local”, en AA.VV: “Situación actual...”, ob.cit., pág.222, siguiendo la tesis de SERRANO GUIRADO, que no obstante, a nuestro juicio, en realidad parece inclinarse por una posición no distintiva en “El régimen...”, ob.cit., pág.117.

⁵⁰ VARONA ARCINIEGA, J.A: “El procedimiento...”, ob.cit., pág.222.

de bases por la que se regirán los distintos actos del procedimiento de selección y de las cuestiones que puedan plantearse en el desarrollo del mismo”⁵¹.

Sea cual fuere la opción mantenida, entendemos que la convocatoria del proceso selectivo a que nos referimos se produce, una vez emitido el informe favorable de la Dirección General de la Función Pública –en el ámbito estatal- cuando el Departamento Ministerial la aprueba, momento temporal que en todo caso será posterior a la Oferta de Empleo Público, anterior o simultáneo a la aprobación de las Bases –o siempre simultánea si adoptamos la tesis de un mismo acto- y en todo caso siempre anterior a su publicación. Por consiguiente, “*las pruebas selectivas convocadas antes*” del 30 de julio de 1988 siempre lo serán en función, como mínimo de la convocatoria que apruebe el Departamento Ministerial que a más tardar deberá estar fechada el 29 de julio de 1988, sin perjuicio de que las bases sean aprobadas con posterioridad y siempre en todo caso que la publicación también lo sea.

Por ello insistimos en el criterio que planteamos al inicio de este capítulo, no recogido legislativamente: por razones de correcta ordenación del proceso de funcionarización y de la finalidad perseguida –que no quede fuera del proceso ningún trabajador en plaza de funcionario pero por convocatoria anterior a la reforma de la LMRFP de 1988-, entendemos que el punto de referencia debiera ser la aprobación de la correspondiente Oferta de Empleo Público y no la de la convocatoria, de tal manera que la habilitación para participar debiera incluir a todos aquellos trabajadores fijos que aprobaron un proceso selectivo para laborales convocado con anterioridad o posterioridad al 30 de julio de 1988 pero derivado de una Oferta de Empleo anterior a esta fecha, sea pues la misma de 1988 o incluso de anteriores, nada extraño habida cuenta la demora que comúnmente se produce, sobre todo en los ámbitos locales.

B).- la segunda cuestión debe ser resuelta en sentido negativo. Si la Administración Pública con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 decide que los puestos de trabajo que de acuerdo con el art.15.1.c de la LRMFP pueden ser adscritos a personal laboral –y así

⁵¹ En este sentido, según nuestro parecer, las palabras de SERRANO GUIRADO (“*El régimen...*”, ob.cit., pág.117); también PALOMAR OLMEDA, Alberto: “*Derecho...*”, ob.cit., pág.319.

lo ha hecho efectivamente a partir del 30 de julio de 1988- pasan a ser adscritos a personal funcionario desde una fecha posterior, estará legitimada a hacerlo por cuanto el referido art.15.1.c no establece una reserva a favor del personal laboral, pero del tenor literal de la DT 15ª deberá concluirse que no podrá iniciar un proceso de funcionarización.

Dos son las argumentaciones que cabe aducir: en primer lugar, la propia referencia temporal incorporada por la original DT 15ª y el posterior art.121 de la Ley 13/1996, modificándola: entrada en vigor de la Ley 23/1988⁵². En segundo término, el propio alcance de los términos que la DT 15ª, pues tanto en una redacción como en otra posibilita los procesos de funcionarización en puestos de trabajo “*reservados*” a funcionarios; esta reserva viene atribuida a una generalidad de puestos de la Administración, con un listado optativo de excepciones, tasadas aunque muy generales también, ya estudiadas *in extenso* en la primera parte (capítulo segundo). Pero en este último caso, no existiendo reserva legal sino factible convivencia de uno y otro régimen jurídico, la DT 15ª no habilita a la Administración a impulsar procesos de funcionarización.

Es una consecuencia, en todo caso, que derivamos de la Ley pero que merece nuestro juicio crítico. Es evidente que una gestión ordenada de los recursos humanos de la Administración debería evitar el vaivén de regímenes jurídicos en estos supuestos, sin causa justificada; pero de darse aquél, o existiendo tal justificación precisamente al amparo de la propia LMRFP (el cuarto supuesto del listado del art.15.1.c) parece del todo cuestionable que puedan coexistir funcionarios y trabajadores ejerciendo los mismos puestos, sin que el ordenamiento ofrezca una solución al problema.

C).- La tercera cuestión debemos centrarla en la hipotética funcionarización del personal laboral fijo que desarrolla puestos de trabajo reservados a personal funcionario y cuya condición fue adquirida a partir del 30 de julio. Es, con más, una de las cuestiones más complejas a estudiar en el presente Capítulo, dificultad a la que se añade al *totum revolutum* de marcos temporales que han fijado las disposiciones autonómicas, y la indefinición de

⁵² En base a este argumento, también se manifiesta SÁNCHEZ ICART, Javier: “*Contratación...*”, ob.cit., pág.153.

aquellas referencias temporales autonómicas y locales que no vienen determinadas con precisión en las respectivas normas o que son fijadas por disposiciones de rango inferior a la ley o incluso al reglamento, cual es su previsión en normas convencionales o hasta en textos de bases de convocatorias selectivas. Por esta razón, sistemáticamente, analizaremos tal problemática en un nuevo apartado a este capítulo, habida cuenta su extensión y específica singularidad.

V.- LA FUNCIONARIZACION DE TRABAJADORES FIJOS INCORPORADOS A LA ADMINISTRACIÓN POR PRUEBAS CONVOCADAS CON POSTERIORIDAD A LA FECHA DE REFERENCIA INSTITUIDA.

V.1.- Planteamiento de la cuestión.

El supuesto ha sido planteado ya con nitidez: a pesar de que la prescripción de la ley estatal y la mayoría de las autonómicas es clara –más dudas pueden plantearse en cuanto a los términos de la legislación local o de aquella aplicable a las Universidades Públicas-, en el sentido de que no es posible que hubieran sido convocadas plazas de personal laboral fijo para cubrir puestos que *ex lege* sólo podían ser cubiertos por funcionarios, la realidad es que en no pocos supuestos –y numerosos los trabajadores afectados- tales convocatorias se han dado, continúan aprobándose y no parece extraño pensar que continuará dándose en el futuro.

Debemos insistir que, del tenor literal del art.15.1.c y DT 15^a de la LMRFP (y normas autonómicas y locales) ello no es, en teoría, posible, por lo que tal como se ha señalado, no existiendo habilitación para la funcionarización de trabajadores fijos en el supuesto anterior, tampoco lo será, con el texto de la ley actualmente vigente, si el puesto ocupado es reservado a funcionario; en este sentido, como señaló la reciente en el tiempo STSJ Andalucía/Sevilla 19-11-2002 “*antes de la determinación legal de los puestos que debían de ser ocupados por funcionarios, excluyéndose a cualquier otro personal, resultaba factible, como así ocurrió que pudieran ocuparse indistintamente por funcionarios o laboral. La fecha que marca el punto de inflexión, es aquella en la que quedan*

determinados por ley los puestos que reservados a la función pública andaluza han de ser cubiertos por funcionarios....” (FD 6º, primer párrafo).

En hipótesis, son posibles dos supuestos:

- trabajador con contrato indefinido no fijo, en puesto reservado a funcionario.
- trabajador fijo en puesto reservado a funcionario.

En el primer caso, la referida condición vendrá adquirida por sentencia judicial o bien por aplicación de las normas reguladoras de la estabilidad en el empleo (art.43 o 44 del ET). La respuesta a la hipótesis ya ha sido planteada y resuelta el antecedente capítulo segundo: abogamos por la imposibilidad de participación en el proceso de funcionarización, en cuanto proceso de carácter restringido de los trabajadores indefinidos no fijos.

El segundo supuesto se derivaría de trabajador fijo que adquirió tal condición a través de un proceso selectivo reglado. Evidentemente, de nuevo debe señalarse que, en virtud de la DT 15ª de la LMRFP o equivalentes, el factor temporal impediría el proceso de funcionarización.

Por tanto, la reflexión obliga a analizar si sería posible prever un proceso de funcionarización en aquellos supuestos en que un trabajador fijo ocupa un puesto reservado a funcionario, ya sea mediante un proceso de selección externo o de promoción interna directamente convocado para ese puesto, con posterioridad al 30 de julio de 1988 o la fecha correspondiente en el ámbito autonómico o local. Pueden imaginarse multitud de razones: desconocimiento, error o incorrecta interpretación del art.15.1.c de la LMRFP o para las Comunidades Autónomas de su respectivo precepto o el más ambivalente art.92.2 de la LBRL pero también por una voluntad manifiesta –explícita o implícitamente- de laboralizar puestos legalmente adscritos a funcionarios.

Tal circunstancia es una realidad práctica y cotidiana, pues de la consulta de las convocatorias efectuadas en el ámbito autonómico, local y universitario –no así, en la

Administración del Estado y la Seguridad Social-, es evidente que en muchos casos se permite la participación de trabajadores fijos cuyo vínculo es resultado de convocatorias posteriores a la Ley que clasifica los puestos, sin ningún respeto a los marcos temporales fijados por las disposiciones estatales o autonómicas. Ello comporta una imprescindible reflexión sobre la corrección o no de tal proceder, de las consecuencias que acarrea y las posibles soluciones articulables desde el ámbito jurídico.

V.2.- Las consecuencias sobre el contrato de trabajo del incumplimiento del deber de reserva funcional: la hipotética nulidad del vínculo laboral.

Ello nos obliga, como consideración previa, a establecer como afecta el incumplimiento del art.15.1.c de la LMRFP (o sus equivalentes) sobre el contrato de trabajo, aspecto este que ha sido calificado como de gran interés jurídico y trascendencia social⁵³, pues la celebración de un contrato de trabajo en estas circunstancias es valorada por la legislación y la doctrina desde la perspectiva de la hipotética nulidad del mismo, lo que implicaría –de aceptarse tal planteamiento- una situación de ineficacia inicial, originaria; nulidad en su sentido más comprensivo y, por consiguiente, de imposible funcionarización.

Aunque la sistemática en la clasificación de los supuestos de nulidad de los contratos no son siempre coincidentes⁵⁴, podemos acordar los siguientes, partiendo de la consideración

⁵³ GODINO REYES, Martín: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.165.

⁵⁴ Los supuestos de nulidad son diversos, por lo que los aquí señalados nos interesan desde la perspectiva de la colisión o no del contrato de trabajo celebrado con el art.15.1.c de la LMRFP, norma autonómica o art.92.2 de la LBRL. Entre la doctrina civilista más reciente, GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos (“*La nulidad parcial del contrato*”, Actualidad Editorial. Madrid, 1995,pág.28), establece los siguientes tipos de causas de nulidad: a) los contratos que rebasan los límites de la autonomía privada; b) los contratos en los que falta el consentimiento, el objeto o la causa, más la falta de forma cuando ello es esencial; c) los contratos con objeto indeterminado o ilícito y d) los contratos con causa ilícita.

previa de que tales causas no aparecen recogidas expresamente en la normativa laboral⁵⁵ y que debemos recurrir a los arts.1256 y siguientes del Código Civil⁵⁶:

- a) falta de capacidad de la Administración o del trabajador.
- b) vicios del consentimiento.
- c) falsedad de la causa.
- d) objeto imposible, ilícito o indeterminado.
- e) contradicción con norma legal o convencional.

a) el supuesto descrito no puede ser enmarcado dentro de una falta de capacidad de la Administración, como empresario, o del trabajador. La ausencia de esa capacidad, de ocurrir, se dará en otro plano –sería el caso de que el órgano unipersonal que represente a la entidad pública y actué en su nombre no ostente en realidad tal condición-, pero no en relación al art.15.1.c de la LMRFP.

b) la misma respuesta debe darse en cuanto a los vicios del consentimiento, que son aquellos relacionados con actuaciones dolosas, violentas, intimidaciones o que provoquen error en una de las partes contratantes.

c) en cuanto a la falsedad de la causa, ésta tampoco aparece regulada en el ET, debiendo recurrirse al derecho civil, en virtud del cual *“la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que estaban fundados en otra verdadera y lícita”* (art.1276 CC). En el ámbito laboral, la causa es la prestación personal de servicios remunerados por cuenta y orden de una Administración pública, que es quien lo retribuye, incurriéndose en falsedad cuando no existe la que nominalmente expresa el contrato, que tiene una finalidad distinta: *“su intención fue bien dispar, concretamente que*

⁵⁵ Vid. STSJ La Rioja 15-4-1996, que recuerda tal circunstancia, si bien en el planteamiento que desarrolla parece establecer una cierta particularidad cuando la nulidad acontece en el ámbito de la Administración, como es el caso –que luego mencionaremos- de la nulidad por falsedad de causa cuando no existe la plaza en la plantilla de la entidad pública.

⁵⁶ Seguiremos el esquema formulado por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: *“El contrato de trabajo”*, en AA.VV: *“Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social”* (coord.A.Martín Valverde y J.García Murcia). Aranzadi. Navarra, 2002, pág.602.

no existiera tal aportación de trabajo ni se retribuyera” (STSJ Cataluña 14-3-1997 AS.1859). Es evidente que en el contrato de trabajo para llevar a cabo funciones funcionariales no hay falsedad en la causa, porque no hay *disfraz* de las que se ejercen, por lo que tampoco esta causa de nulidad nos afecta, aunque cuestión distinta puede acontecer si la nulidad es parcial, como luego expondremos.

d) mayor complejidad adquiere los aspectos relacionados con el objeto del contrato.

En primer término, el objeto del contrato de trabajo⁵⁷, o de cualquier tipo de contrato, ha de ser posible, lícito y determinado⁵⁸. La ausencia de cualquiera de estas características, dará lugar a la nulidad del referido contrato.

Entendemos que el conflicto entre las normas de función pública –preceptos citados- y el contrato no puede estudiarse a la luz de su posibilidad o determinación, pero distinta reflexión cabe en cuanto a su licitud, sobre la cuál hay posiciones no coincidentes.

La existencia y posibilidad como límite del objeto se refieren a la realidad social sobre la que el contrato recae: no sólo lo real, sino también lo posible; lo presente, pero también lo

⁵⁷ La doctrina resalta la relativa dificultad existente para definir el concepto *objeto* del contrato de trabajo. Partiendo de la noción de que por tal objeto puede entenderse el interés práctico preciso y determinado que se da en el mismo como negocio jurídico, la diversidad de criterios surge al definir tal *interés práctico*. Las teorías económico-utilitaristas se refieren a la obligación del trabajador de prestar un trabajo o sus servicios para el empresario, en tanto otros identifican el objeto con el trabajador mismo, su actividad, el acto de trabajar. Así, la *materia* del contrato de trabajo serán los bienes que desean intercambiar las partes contratantes. Otra visión, calificada de simplista, es la que parte de definir el objeto como el trabajo prestado bajo las condiciones de personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena, según la fórmula diseñada por el art.2 de la derogada Ley de Contrato de Trabajo.

Para la doctrina laboralista más solvente, desde el punto de vista jurídico podemos señalar que entendemos por objeto de un contrato, con carácter general, el bien o los bienes que, valorables económicamente, suponen una utilidad económica para las partes contratantes, que se concreta en el contrato de trabajo en que entendemos por objeto el servicio que el trabajador compromete a prestar y por el salario en cuanto precio de aquel trabajo. (MARTIN VALVERDE, Antonio *et altri*: “*Derecho...*” (10ª edición), pág.476). Más específicamente, en el contrato de trabajo se da por un lado el interés de la parte empresarial y el interés del trabajador, éste último persiguiendo otro bien o utilidad denominada salario, que se integra también en el objeto del contrato de trabajo. Por ello, siguiendo a MONTOYA MELGAR y partiendo de la expresión del art.1.1 del ET que se refiere a “*servicios prestados*”, se asienta en ella esa doble cara del objeto del contrato: la prestación laboral y la prestación salarial, objetos a su vez de las obligaciones básicas en que incurrir el trabajador y empresario (MONTOYA MELGAR, Alfredo: “*Derecho...*”, (ob.cit., 20ª edición), pág.301.

⁵⁸ El art.1261 del CC dispone que no hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

futuro. La posibilidad de la prestación de servicios laborales implica que ellos son realizables en sí mismos⁵⁹.

Un contrato celebrado fuera de los supuestos del art.15.1.c, norma autonómica equivalente o art.92.2 de la LBRL no supone imposibilidad física o legal en su prestación. En el primer caso, porque la posibilidad en el objeto del contrato se ha estimado que existe cuando física o materialmente es realizable; en el segundo, porque la ilegalidad se predicaría en base a la incapacidad de las partes para realizar la prestación y también cuando le fuese prohibida al trabajador su realización, circunstancias ambas que no concurren en un trabajo realizado para funciones adscritas a funcionarios.

El carácter determinado o determinable también se predica de un contrato de trabajo respecto de una función atribuida a personal funcionario, por cuanto tanto si “*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*” (art.1273 CC) como si nos hallamos ante una obligación consistente en entregar una cosa indeterminada o genérica, la prestación del servicio derivado de un contrato formalizado en una tarea o función atribuida a régimen funcional es tan determinada o determinable como si la presta un funcionario. Téngase en cuenta que la literalidad de los términos *objeto* y *cosa* no desvirtúa lo dicho, por cuanto aunque el Código Civil y la doctrina se refieren a una y otra, puede ser objeto de un contrato la prestación a que se viene obligado por parte del trabajador en razón de aquel contrato.

Un objeto es determinado cuando es individualizado y distinguido, conocido y querido para ambas partes que suscriben el contrato: el objeto está propiamente descrito en sus circunstancias y cualidades, con un valor y una utilidad para aquellas. La identidad del objeto reúne un aspecto positivo –aquello sobre lo que versa- y uno negativo –lo excluido, una cosa distinta-: será indeterminado cuando no puede conocerse la intención o voluntad de los contratantes⁶⁰.

⁵⁹ SAN JULIÁN PUIG, Verónica: “*El objeto del contrato*”. Aranzadi. Navarra, 1996, pág.66.

⁶⁰ SAN JULIAN PUIG, Verónica: “*El objeto...*”, ob.cit., pág.69.

Por regla general, la determinación inicial del trabajo es muy genérica, por cuanto el contenido de tales servicios u obras que se pactan se derivan de la categoría profesional, el grupo o el nivel asignado contractualmente al trabajador (art.22 ET), pero con la suficiente precisión –generalmente a través de convenio colectivo pero también, en el caso de las Administraciones Públicas, por la descripción funcional que pueda efectuar las bases de las convocatorias, el contenido de las pruebas teóricas y prácticas a superar, y, en su caso, las RPT o catálogos de puestos- que impide que el ente público pueda arbitrariamente configurar la mencionada prestación laboral⁶¹.

Mayor dificultad estriba en cuanto a la licitud (art.3.1.c del ET) del objeto⁶². Según el Código Civil aquél podrá estar constituido por todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres (art.1271.3 CC), lo que implica encarar un concepto jurídico indeterminado. La Administración y el trabajador podrán establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente –con los límites propios que vinculan a un ente público- siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral o al orden público (art.1255 CC). ¿Puede considerarse ilícito un contrato formalizado para desarrollar funciones que *ex lege* corresponden a funcionarios? El eje central radicaría en dilucidar si se trataría de un contrato ilícito.

La posición de un sector de la doctrina teórica da una respuesta afirmativa. Entiende que una Administración sólo puede formalizar contratos cuando se trate de uno de los supuestos en que la ley lo permite. Si infringe el esquema de puestos laborales y funcionariales,

⁶¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo: “Derecho...” (20ª edición), ob.cit., pág.302.

⁶² Esta es la posición que postula MOLERO MARAÑÓN para el supuesto aquí estudiado. (“Acceso...”, ob.cit., pág.63), que defiende la nulidad por ilicitud del objeto : “...nos encontraremos ante un contrato nulo, al ser su objeto ilícito (...) Se ha pactado un contrato de trabajo en contra de una norma legal imperativa...”. Aunque a lo largo del texto principal defendemos otro criterio, somos conscientes de la complejidad de la cuestión, basada en la distinción entre la nulidad del contrato laboral por objeto ilícito y la tesis que mantenemos (nulidad por contrariar una norma imperativa o prohibitiva) por cuanto incluso entre la doctrina que defendería nuestro planteamiento también se afirma que el servicio a prestar cuando el objeto es ilícito acontece cuando “*contravengan o no se ajusten a lo dispuesto en algún precepto de carácter imperativo o prohibitivo, es decir, cuando incumplan la exigencia de legalidad*” (SAN JULIAN PUIG, Verónica: “El objeto...”, ob.cit., pág.276).

estima esta posición doctrinal que el objeto del contrato sería ilícito⁶³. Según este posicionamiento, la expresión *objeto ilícito* en el contrato laboral comprende dos conceptos distintos: objeto ilícito y objeto prohibido; la ilicitud lo sería moralmente, en tanto que la prohibición no tendría connotación moral sino derivaría de un imperativo legal que impediría formalizar un contrato de trabajo sobre una determinada materia en cuestión⁶⁴. Desde una perspectiva estrictamente civilista se apunta que la imposibilidad legal o jurídica –esto es, el objeto es cierto, pero está excluido de ser materia contratable porque una ley lo prohíbe- sería subsumible como una subespecie jurídica de la ilicitud del objeto⁶⁵ si bien la primera es más constreñida que la segunda: mientras aquella se centra en las cosas o conductas que la ley ha excluido del negocio jurídico, ésta última implica cualquier contradicción con la ley (en su letra, o en su espíritu) o la moral y buenas costumbres⁶⁶.

Sin embargo, a nuestro juicio, entendemos que la respuesta adecuada se aparta de este planteamiento.

Cuando el Código Civil se refiere a servicios contrarios a las leyes o las buenas costumbres, a los que podríamos añadir la nulidad cuando el objeto recae sobre cosas “*fuera del comercio de los hombres*” (art.1271 CC), la doctrina *ius laboralista* más reciente ha estimado que ello ha afectado a supuestos en los que, -independientemente de la apariencia formal del contrato concertado, que a buen seguro pretende dar una apariencia legal- el resultado final es delictivo, citándose los supuestos de tráfico o cultivo de drogas, fabricación o movimiento ilegal de armas, trata de blancas, órganos o de niños, contrabando en general, etc.; por el contrario, si las tareas o funciones objeto del contrato son legales, no cabe apreciar ilicitud –o inmoralidad en el objeto-⁶⁷; por ello, la doctrina civilista que

⁶³ Por todos, MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “*Acceso...*”, ob.cit., pág.63.

⁶⁴ ALONSO GARCÍA, Manuel: “*Derecho...*”, ob.cit., pág.380.

⁶⁵ Tesis defendida por MANRESA y NAVARRO, según cita de SAN JULIAN PUIG, Verónica: “*El objeto...*”, ob.cit., pág.268.

⁶⁶ SAN JULIAN PUIG, Verónica: “*El objeto...*”, ob.cit., pág.268.

⁶⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.564.

está acorde con este planteamiento una idea de ilicitud con la falta de adecuación a la ley, esto es, falta de adecuación con las exigencias sociales o las buenas costumbres, plasmadas en disposiciones escritas (aunque no necesariamente, cual es el caso de las buenas costumbres); en la ilicitud debe haber, según esta tesis civilista más reciente, una colisión con lo querido y sentido por la ciudadanía, por lo que cabe concluir que aplicado ello a la prestación de servicios –en nuestro caso, servicios laborales en la Administración- debe implicar un reproche de la comunidad sobre el objeto, incumpliendo la exigencia de legalidad⁶⁸. A nuestro juicio, ejercer funciones de inspección tributaria, orden público o de habilitación de carácter nacional en una entidad local, únicamente desarrollables por funcionarios, son funciones legales, aunque las desarrolle un empleado vinculado por un contrato de trabajo, que tienen un reconocimiento legal porque así la comunidad ciudadana española lo ha querido a través de sus representantes en el Parlamento estatal y autonómico –que promulgan las leyes- o el gobierno de la nación o los consejos o gobiernos autonómicos, por lo que según este parecer, el objeto no será ilegal, y deberá buscarse la razón de la hipotética nulidad en otro ámbito.

e) por todo lo expuesto, a nuestro juicio, el eje de la cuestión reside en la causa de nulidad por contradicción con norma legal o convencional, pese a que como señala la doctrina laboralista⁶⁹, es una “*regla de cierre*” que para el ámbito social tiene escasa incidencia⁷⁰ como causa de nulidad total –que es la que nosotros defendemos, para todos los supuestos, como luego tendremos ocasión de exponer-, pues el ET opta en la medida de lo posible como regla general por la nulidad parcial.

Es en este ámbito –quebrantamiento de una disposición imperativa o prohibitiva- donde importa dilucidar si la disconformidad de un contrato de trabajo con la esquema distributivo del art.15.1.c LMRFP o normas equivalentes, entendido este precepto como imperativo o

⁶⁸ SAN JULIAN PUIG, Verónica: “*El objeto...*”, ob.cit., pág.276.

⁶⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.602.

⁷⁰ Tres son los supuestos más comunes: el extranjero no comunitario que contrate sin permiso de residencia y de trabajo, el contrato temporal formalizado por quien ya ostentaba la condición de fijo con el mismo empresario y, finalmente, el proceso selectivo de una entidad pública que no hubiera cumplidos el procedimiento establecido, vulnerándose las normas imperativas que lo rigen.

prohibitivo -esto es, establecido que, forzosamente, la generalidad de los puestos de trabajo deberán ser cubiertos por funcionarios y prohibiendo que sean ocupados por trabajadores- dará o no como consecuencia la sanción extrema de nulidad.

Debe señalarse, en primer término, que no toda disconformidad supone la nulidad contractual. El art.6.3 del Código Civil debe ser valorado como un auxilio del derecho para remediar las faltas fundamentales o graves, pero ha de ser precisado por cuanto en él se formula un principio jurídico de gran generalidad, a interpretar con criterio flexible (STS 29-10-1990); se ha establecido, doctrinal⁷¹ y jurisprudencialmente⁷², que los contratos contrarios a las leyes pueden agruparse en tres grupos:

- a) aquellos en los que la nulidad venga determinada por la propia ley que el contrato infringe.
- b) contratos que infrinjan la ley pero que esta disponga su validez, concediéndose validez a estos actos *contra legem*.
- c) contratos que, siendo contrarios o falten a alguna norma legal, esta no disponga, a propósito de su validez o nulidad, nada al respecto.

Es clara la opción b), en cuanto a sus consecuencias; también la a), en cuyo caso la nulidad podrá decretarse incluso de oficio; finalmente, la c) da lugar a una decisión del juez, que podrá declarar su validez si la infracción es leve y la nulidad si es gravemente contraria a la ley, la moral o el orden público.

Sin embargo, tal como ya hemos apuntado, la jurisprudencia matiza el alcance trascendente del art.6.3 del CC, a través de un criterio que prácticamente se consolida con la STS 1-3-1934 y se prolonga hasta nuestros días, con el siguiente alcance: en primer lugar, la nulidad radical impuesta por el art.6.3 del CC es un auxilio del Derecho, para remediar las faltas

⁷¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, Carmen: “*La nulidad contractual. Consecuencias*”. Tirant lo blanch. Valencia, 1995., pág.31.

⁷² Por todas, STS 29-10-1990, sala de lo civil, con antecedentes desde los años treinta.

fundamentales o graves, pero formulado en términos de gran generalidad (SSTS 8-10-1963 y 8-6-1979), lo que supone una necesaria interpretación flexible, de tal forma que (SSTS 19-10-1994, 28-1-1958 y 28-7-1986 todas de la sala civil): a) no toda disconformidad con la ley supone la sanción extrema de la nulidad; b) la validez de los actos, contrarios a la ley, no requieren que sean ordenados, de modo expreso y textual, en la ley.

Lo anterior supone, a juicio de la jurisprudencia, que un acto contrario a la ley requiere, para una correcta y equilibrada aplicación del art.6.3 del CC que sea clara la consecuencia, de tal forma que si se da tal contrariedad o falta hacia un precepto legal, sin que se declare expresamente su nulidad o validez, será necesaria una interpretación y aplicación judicial, con extrema prudencia, y no ajena a una cierta discrecionalidad, sobre tales consecuencias. En este caso, la STS 28-1-1958 cree adecuado valorar la índole y finalidad del precepto legal contrariado, y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, declarando la validez del acto si la levedad del caso lo permite o aconseja y sancionando con la nulidad *“si median trascendentales razones que patenticen el acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley”*. No nos cabe duda alguna de que el alcance de la contravención del art.15.1.c LMRFP o sus equivalentes quedaría incurso en este último supuesto, pues implica un grave quebranto del respeto a la ley (SSTS 27-2-1964 y 28-7-1986).

Ciertamente, el incumplimiento de la reserva del art.15.1.c. LMRFP supone la infracción de un precepto de carácter imperativo y, por consiguiente, la nulidad del contrato de trabajo, sin que sea posible validar el referido contrato considerando a su titular funcionario⁷³ ni que el juez le otorgue una validez al amparo de su carácter de infracción leve. A nuestro juicio, la Administración actuaría, además, con una potestad que no tiene y, por consiguiente, sobrepasaría los límites de la capacidad de obrar que la ley le otorga⁷⁴.

⁷³ Precisamente por no haber cumplido los requisitos inexcusables que exige la ley: superación de pruebas de selección, nombramiento conferido por autoridad competente y toma de posesión en plazo. La formalización de un contrato laboral para el desempeño de funciones adscritas a funcionarios se ha considerado una irregularidad; el mandato legal de que determinadas funciones deben ser desarrolladas por funcionarios es evidente, *“pero no puede extraerse la consecuencia de que todo aquel que de hecho desempeñe esas funciones deba ser considerado funcionario público (...) pues como se ha visto la cualidad de funcionario público no se adquiere de facto...”* (STSJ Madrid 6-4-2001)

⁷⁴ GODINO REYES, Martín: *“El contrato...”*, ob.cit., pág.167.

En este mismo sentido que mantenemos se ha pronunciado un sector de la doctrina que ha tratado la cuestión, concluyendo que la nulidad viene dada por el incumplimiento de una norma imperativa, que no autoriza a celebrar contratos de trabajo fuera de los supuestos del art.15.1.c LMRFP o normas equivalentes, y no por la imposibilidad, ilicitud o indeterminación del objeto del contrato⁷⁵. Debe recordarse igualmente aquí lo que ya planteamos en la primera parte (capítulo segundo) de la tesis, esto es, que no es posible adscribir de forma indistinta el mismo puesto a trabajadores y funcionarios en las RPT, y que tales relaciones devienen anulables (SSTS 14-7-1993 y 11-9-1993), lo que supone un reafirmación de la tesis aquí mantenida.

Independientemente de la causa de la nulidad, debe destacarse que tal consecuencia –la nulidad– es aceptada de forma unánime por la doctrina⁷⁶ que ha planteado la cuestión, y abogando por la imposibilidad de la funcionarización de tales contratos⁷⁷, debiéndose remarcar que esta consecuencia la establecen también determinadas leyes de función pública,

⁷⁵ GODINO REYES, Martín: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.167, que parece inclinarse por tal posición, tras descartar la nulidad por ilicitud del objeto, excepción hecha de que se de por válida la tesis que engloba en el concepto *objeto* ilícito tanto al *ilícito* como al *prohibido*. Más recientemente NICOLÁS BERNAD, José Alberto: “*La duración...*”, ob.cit., pág.22.

⁷⁶ MAURI MAJÓS (“*La selección...*”, ob.cit., pág.121) califica tal contratación como contraria a derecho y viciada de nulidad. LIMÓN LUQUE establece como “*evidente*” que “*el incumplimiento de las limitaciones funcionales para la contratación de personal laboral establecidas en el artículo 15.1.c LMRFP ha de suponer necesariamente la nulidad del contrato de trabajo, en tanto que se trata de un precepto legal de carácter imperativo...*” en “*La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública*”. Revista de Trabajo, núm.99, 1990. En idéntico sentido, GODINO REYES, Martín: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.167 y CAMPS RUIZ, Luis Miguel: “*La contratación...*”, ob.cit., pág.80 y 163. Para ALTÉS TÁRREGA (“*La contratación...*”, ob.cit., pág.44, nota a pie 57), tal contratación es ilegal. GARCÍA LÓPEZ señala que nunca un puesto funcional puede ser cubierto por un contrato fijo y, con mayor motivo, por uno temporal; si bien no establece claramente las consecuencias de tal actuación, parece optar por la nulidad cuando indica que los defectos o vicios en los trámites previos –como lo sería la convocatoria de un proceso selectivo laboral para puesto funcional, entendemos nosotros– a la selección que el Derecho administrativo establece determinará la nulidad del contrato de trabajo (“*La contratación...*”, ob.cit., págs.671 y 681.) Para LANDA ZAPIRAIN el contratado laboral no sólo no podrá desempeñar tarea alguna propia de la función pública –adopta así un criterio restrictivo– sino tampoco suplementar a estas (LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo *et alri*: “*La contratación laboral...*”, ob.cit., págs.37-38. La frontera infranqueable para el laboral, a la hora de ocupar un puesto de funcionario implica, si se quiebra esta reserva, el vicio de nulidad del referido contrato (NICOLÁS BERNAD, José Alberto: “*La duración...*”, ob.cit., pág.21).

⁷⁷ Aunque prácticamente no se ha planteado la cuestión de la nulidad contractual e hipotética funcionarización, pueden localizarse algunas referencias doctrinales que han valorado tal imposibilidad. Así, ENDEMAÑO AROSTEGUI, José María: “*La funcionarización...*”, ob.cit., pág.375, nota 58, según el cual, el acto administrativo viciado de nulidad no puede dar permitir al titular del contrato una posición de privilegio como es el de acceso a la condición de funcionario mediante un procedimiento restringido.

como las de la Comunidad Valenciana y Castilla-León⁷⁸, si bien la previsión en este sentido o su ausencia en otras leyes nada aporta o quita a un efecto de nulidad que se deriva, por lo expuesto, del art.6.3 CC y art.3 ET⁷⁹, esto es, que la formalización de un contrato en contra de una norma legal imperativa provoca la nulidad del acto infractor, y que ello se reafirma por las dos finalidades que tal relación del art.15.1.c de la LMRFP pretende, cuales son limitar la relación laboral como fórmula de prestación de servicios en la Administración y constreñir el arbitrio del poder público en la elección de uno u otro régimen jurídico⁸⁰, sin que tal nulidad pueda quedar cubierto por el hecho de que una RPT, incorrecta, atribuya a trabajadores puestos que corresponden a funcionarios⁸¹; casi en solitario, se ha planteado también desde posiciones administrativistas que el contrato no sería nulo, sino indefinido no fijo, por resultar de un acto previo viciado de nulidad, esto es, la aprobación de una convocatoria de personal laboral en plaza reserva a funcionario, nulidad derivada del art.62.1.f de la Ley 30/1992⁸².

La tesis de la nulidad ha sido igualmente asumida por la jurisprudencia en la importante STS 19-1-1993, cuando ha tenido ocasión de plantear la cuestión, al resaltar que la reserva a funcionarios se deriva de un mandato constitucional de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas, lo que implica que el contrato de trabajo es nulo de pleno derecho, facultando únicamente al trabajador, al amparo del 9 del ET a exigir la remuneración consiguiente a un trabajo válido. No obstante, si bien compartimos la conclusión, no así el razonamiento que formula la sentencia; a nuestro parecer, el art.15.1.c LMRFP o sus equivalentes legales no se relacionan con el art.23.1 de la CE sobre igualdad en el acceso a la función pública, sino que la vinculación lo sería con el art.103.3 CE, que es de donde deriva la

⁷⁸ Art.7.2. LFP Comunidad Valenciana: *“en ningún caso podrá, este personal, ocupar puestos de trabajo clasificados exclusivamente para personal funcionario. El quebrantamiento de esta prohibición dará lugar a la nulidad del acto correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona causante del mismo”*. Art.7.3 LFP Castilla-León: *“en ningún caso se podrá contratar personal en régimen laboral para ocupar puestos de trabajo clasificados exclusivamente para funcionarios o personal eventual, dando lugar el quebrantamiento de esta prohibición a la nulidad del acto correspondiente, sin perjuicio de las responsabilidades que procedan”*.

⁷⁹ En este mismo sentido, *vid.* STSJ Cantabria 26-10-2000.

⁸⁰ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: *“Acceso...”*, *ob.cit.*, pág.63.

⁸¹ GODINO REYES, Martín: *“La problemática...”*, *ob.cit.*, pág.49.

⁸² Esta es la tesis mantenida por ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María: *“La funcionarización...”*, *ob.cit.*, pág.375, nota a pie 58.

STC 99/1987 la inadecuación del originario art.15 LMRFP al texto constitucional; el resultado sería idéntico –la nulidad-, pero no el presupuesto que lo origina⁸³. Pronunciamientos posteriores parecen reconducir la razón a la vulneración de una norma imperativa cual es el art.15.1. LMRFP⁸⁴.

En otro orden de cosas, pero consecuencia de los anteriormente señalado, cabría plantearse si esa nulidad es total o parcial. La hipótesis y su respuesta no podrá ser lineal, pues la infracción del art.15.1.c LMRFP puede ser total (un hipotético contrato de trabajo de juez o policía) o parcial (en este último supuesto, mediante el ejercicio de algunas funciones incluidas en el referido precepto reservadas a funcionario, pero otras de posible incardinación en el ámbito laboral).

La respuesta, a nuestro juicio, merece un análisis más detallado, por cuanto la contravención del art.15.1.c LMRFP, aun si fuese total, debería coonestarse con el régimen jurídico que al respecto prevé el ET, al establecer que "*si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados*" (art.9.1 ET) conforme con el art.3.1. ET. Por consiguiente, la cuestión que debemos responder es si cabe sustituir las funciones atribuidas por el original contrato por alguna o algunas de las previstas en el art.15.1.c. LMRFP para el personal laboral, de conformidad con los precitados arts.3.1 y 9.1 del ET.

En el primer caso, cuando todo el ámbito funcional del contrato incurre en infracción de la reserva del art.15.1.c LMRFP, la doctrina se ha manifestado en favor de la nulidad total del contrato de trabajo⁸⁵. Posición que compartimos. Si bien el art.9 del ET opta por el mantenimiento del contrato en los supuestos de cláusulas o condiciones nulas, creemos que es de aplicación la excepción, que la doctrina ha denominado "*obligada excepción*"

⁸³ De ahí que CAMPS RUIZ ("*La contratación...*", ob.cit., pág.164) indique que el principio de igualdad en el acceso a la función pública se relaciona con el proceso selectivo y no con la clasificación de puestos de trabajo en funcionarios y laborales.

⁸⁴ Precisamente atribuyendo tal carácter imperativo al art.92.2 de la LBRL, la STSJ Cantabria 26-10-2000 sanciona con la nulidad total al contrato de trabajo para realizar funciones de interventor municipal (FD 4º).

⁸⁵ GODINO REYES, Martín: "*El contrato...*", ob.cit., pág.167.

sobreentendida”⁸⁶. Supone que no es posible mantener la incomunicabilidad de la nulidad de una parte del contrato al resto del mismo cuando, como es el caso, la estipulación nula obliga al trabajador a una única prestación contractual que es, *ex lege*, de imposible cumplimiento por un empleado sujeto a Derecho laboral y sólo de posible ejecución por un funcionario. En este caso, la nulidad del pacto o cláusula, a nuestro juicio supondría la nulidad de todo el contrato, por cuanto se está infringiendo una norma dictada por razón de público interés⁸⁷ (art.15 LMRFP o equivalentes), en cumplimiento de un mandato constitucional, interpretado por la propia doctrina del Alto Tribunal en sus SSTS 99/1987 y 37/2002.

En el segundo supuesto -funciones parcialmente infractoras de la reserva- podría plantearse inicialmente una nulidad parcial del contrato, como consecuencia de un objeto parcialmente prohibido.

El mantenimiento del vínculo contractual laboral es la razón de ser de la nulidad parcial del contrato, del tal manera que la ineficacia de una parte del contrato no se comunica al conjunto del vínculo, prevaleciendo así lo que ha venido a denominarse criterio objetivo legal. La opción del derecho español es que la nulidad de parte no se comunica a todo el contrato: se cercenan las cláusulas viciadas y se sustituyen *ex lege* por las normas vulneradas, conservándose el contrato bajo el principio latino de *utile per inutile non vitiatur*, lo que supone la escindibilidad del contrato de trabajo, siendo nula sola una parte del contrato, susceptible de identificación, ya sea por sus pactos, acuerdos o condiciones⁸⁸; el derecho laboral español enlaza, aquí, con la tradición romanística y de derecho común, que permite la separación del contrato en diversas partes, cláusulas o disposiciones, asumido también por el derecho comparado⁸⁹.

⁸⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Validez del contrato*”, en “*Comentarios a las Leyes laborales*”, Tomo III. Edersa. Madrid, 1985,pág.39.

⁸⁷ La nulidad se daría, así, en opinión de ALMANSA PASTOR, por contradecir una norma de público interés, frente a otros incumplimientos que producirían la anulabilidad. ALMANSA PASTOR, José Manuel: “*La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*”. RPS, núm.67, 1965, pág.47.

⁸⁸ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Validez...*”, ob.cit.,, pág.33.

⁸⁹ Tal opción viene ser calificada como *criterio objetivo-legal*, y aparece reflejado también en la normativa civil comparada, cual es el caso del Código Civil italiano (art.1419.2, texto vigente en 1985).

No obstante, este criterio, aparentemente válido al caso que nos ocupa, no es de aplicación indistinta en todos los supuestos. El derecho común prevé que la nulidad parcial conlleva la nulidad de la totalidad del contrato, cuando se trate de un vínculo que comporte condiciones imposibles y prohibidas por la ley o contrarias a las buenas costumbres⁹⁰; la nulidad, por el contrario, se extenderá únicamente, en primer lugar, a las obligaciones que de aquellas condiciones ilícitas dependan y sólo en el supuesto de que la referida condición ilícita afectase a todas o a una parte de las obligaciones esenciales del contrato se daría la nulidad de todo el contrato, por lo que en el Derecho del Trabajo español se establece una regla general, la nulidad parcial y una excepción, la nulidad total.

Planteada en estos términos la solución a los problemas de hipotética nulidad, cabe resolver si la infracción del art.15.1.c LMRFP, sea de forma parcial o total, comporta la aplicación de la regla general, sustituyéndose las funciones reservadas a funcionarios por las reservadas a los trabajadores, o por el contrario, la referida contradicción afecta a una obligación esencial del contrato que comporta la nulidad del mismo.

A nuestro juicio, en el supuesto en cuestión no cabe la sustitución de la parte nula por el precepto jurídico adecuado, por una o algunas de las funciones que el art.15.1.c LMRFP permite al personal laboral. El inicial pacto contractual en virtud del cual el trabajador debe realizar funciones reservadas a personal funcionario es una cláusula esencial del mismo contrato, de tal manera que éste no se hubiera celebrado en caso contrario, pues además se deriva de un proceso selectivo público, a través de un procedimiento reglamentario y una previa Oferta de Empleo público; por lo demás, sería difícilmente determinable la nueva función o funciones sustitutorias de la original, por cuanto el objeto del contrato es un elemento esencial necesariamente consensual: si el contrato de trabajo como Abogado del Estado, Inspector de Finanzas o Administrativo de la Seguridad Social es parcialmente nulo, ¿cuál es la opción del abanico del art.15.1.c LMRFP que sustituye a la función original acordada, tras la superación del correspondiente procedimiento selectivo para cubrir

⁹⁰ El art.1116 del CC establece que “*las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa*”.

precisamente plazas de tales Cuerpos?. La respuesta no puede ser otra que la nulidad completa del contrato de trabajo.

En cuanto a una hipotética nulidad de una parte de las funciones, incursas en la reserva del art.15.1.c LMRFP, pero no del resto de tareas asignadas al trabajador, respetuosas estas sí de la citada reserva, aunque ello fuera en principio acorde con el principio de conservación del negocio antes citado, debemos estimar que la nulidad parcial no parece la solución más adecuada.

Doctrinalmente se ha apuntado hacia esa nulidad parcial, pero sin sustituir las funciones contrarias al art.15.1.c LMRFP por otras habida cuenta lo que se ha señalado con anterioridad, de tal manera que el contrato subsistiría en lo pactado y no prohibido como único objeto contractual⁹¹; posición que ha sido postulada en algún aÑejo pronunciamiento judicial⁹².

Discrepamos, sin embargo: esta respuesta nos conduciría bien a un contrato a tiempo parcial (por la porción de la jornada en la que sí pudieran realizarse funciones propias de personal laboral, lo que chocaría con la previsión del ET, que establece que la norma nula será sustituida) o a completar el resto de la jornada -inicialmente prevista para funciones funcionariales- con las laborales. A nuestro juicio, las razones serán diversas:

En primer término, porque esta derivación hacia un contrato a tiempo parcial o la acción de completar las funciones de no posible ejercicio por otras que sí, son soluciones ambas que únicamente pueden aceptarse de mutuo acuerdo entre Administración y trabajador y en las que, faltando la voluntad de una de las partes, conduce a la nulidad total del contrato. Los motivos son claros: la Administración pretendía cubrir un determinado puesto o puestos para

⁹¹ GODINO REYES, Martín: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.169; el mismo autor también en “*La problemática...*”, ob.cit., pág.52.

⁹² STS 28-5-1962. En esta sentencia, el Tribunal Supremo declara vigente el contrato de trabajo celebrado, salvo en la parte relativa a la obligación contraída por el trabajador de desempeñar actividades laborales distintas a las que la reglamentación de trabajo correspondiente señalaba para los conductores mecánicos, que es la que expresamente se anuló: “*en ningún caso podrán pactarse condiciones (...) contrarias a las referidas normas legales de donde claramente se deduce la nulidad del contrato laboral (...) sólo en la parte que obliga al demandado a realizar trabajos de peón (...) subsistiendo la plena validez de dicho contrato en todo lo restante...*”.

ejercer unas específicas funciones y el resultado es completamente diferente, ya sea porque debe reordenar este esquema o adaptarlo a un contrato a tiempo parcial, si no lo hace; de igual manera, el candidato puede verse inmerso en un ámbito funcional que no deseaba o pretendía o conformarse con una relación a tiempo parcial, sobrevenida. Jugaría, o podría jugar, el denominado criterio subjetivo o psicológico recogido en la doctrina civil, en virtud del cual la comunicación de la nulidad de parte del contrato a todo este depende de la voluntad de las partes, si bien precisamente el mecanismo del art.9.1 del ET, que tiene carácter imperativo que opta por la conservación del negocio desvirtuaría tal planteamiento⁹³, por lo que la respuesta, si cabe, hay que buscarla en otro ámbito.

En segundo lugar, porque aún existiendo voluntad de las partes contratantes de mantener el negocio jurídico contractual esta colisiona con los principios de acceso al empleo público, que requieren una clara y previa determinación de la relación laboral que se oferta a los ciudadanos y que ha sido señalado ocasionalmente por la doctrina judicial, al fijar la clara concreción de la convocatoria y del respeto a los principios constitucionales de acceso al empleo público como un límite que no puede luego modificarse en función de intereses particulares o de la propia Administración⁹⁴. A nuestro juicio, estos principios de igualdad, mérito y capacidad deberían ser interpretados como normas que impiden la desvirtuación total de un proceso selectivo que por prescripción constitucional debe llevarse a cabo con respeto al art.23.2 y 103 de la CE, a través de un procedimiento público, libre, para el acceso a una categoría o grupo profesional con unas funciones específicas y con un régimen horario y de jornada concretado en la convocatoria y en la RPT; así, la exigencia de que la comunicación –o contaminación, si se quiere- de la nulidad parcial al resto de negocio precisa de un precepto específico que imponga

⁹³ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos, en “*Validez..*”, ob.cit., pág.38, indica que la nulidad total decidida por las partes se opone a un precepto legal imperativo –art.9.1 del ET-, que opta por la nulidad parcial del negocio, que se conforma como un derecho del trabajador, cuya disposición viene prohibida por el art.3 del ET.

⁹⁴ Si bien referido a la convalidación de unas pruebas superadas para adquirir la condición de trabajador temporal como válidas para pasar a ser fijo, la STSJ Navarra 30-3-2001 señaló que “*si bien los principios de publicidad, mérito y capacidad se respetaron en la convocatoria, la misma se efectuó para cubrir una plaza temporal, no indefinidamente, limitándose las expectativas de otros posibles candidatos que hubiesen concurrido de haber optado a una plaza fija...*” (FJ 3º). En cuanto a que la convocatoria no puede innovar sobre las características del puesto de trabajo y por tanto debe quedar sujeta, imperiosamente, al contenido que describe la RPT, la STS 30-9-1996 afirma que con ello “*..se protegen con mayor rigor y seguridad jurídica las diferentes expectativas de los funcionarios públicos...*”.

esta solución (criterio denominado restrictivo, por cuanto la nulidad, tanto parcial como total, constituye una sanción para los incumplimientos formales esenciales o de contravención de determinados preceptos, sólo imponible cuando una norma concreta instituya una u otra consecuencia⁹⁵) residiría en los principios constitucionales y legales mencionados. La doctrina, al respecto, ha sido clara, al destacar que si el puesto de trabajo al que se adscribe el trabajador es distinto para el que fue seleccionado, no es una simple irregularidad sino un vicio grave que afecta a uno de los aspectos decisivos que llevan a celebrar un contrato de trabajo⁹⁶.

En tercer término, porque entre la convocatoria de uno o diversos puestos o plazas y la RPT hay una relación inescindible. La Administración está obligada por la RPT, de tal manera que la adecuación entre las características del puesto y el contrato finalmente formalizado ha de ser absoluta, pues aquellas, y su inclusión en la RPT son un requisito constitutivo de la validez de la convocatoria, que está sujeta inexcusablemente a la RPT y, por consiguiente, el contrato que de ella se derive⁹⁷, hasta el punto que la jurisprudencia señala que “*la descripción de los puestos de trabajo realizadas en las convocatorias debe atenerse a las características esenciales que previamente hayan fijado las RPT...*” (STS 30-9-1996). Incluso en este aspecto podría plantearse la nulidad del contrato por causa ilícita. Si bien en algún momento la jurisdicción ha entendido que la adscripción de trabajadores a puestos funcionariales supone la nulidad del contrato por ilicitud de la causa⁹⁸, a nuestro juicio la posibilidad de nulidad total del contrato vendría dada más por la falsedad de la causa; el CC indica que no hay contrato si falta la causa de la obligación que se establezca, habiendo entendido la doctrina judicial que la causa de un contrato laboral en la Administración es falsa cuando no existe en la plantilla y RPT de la entidad pública el puesto de trabajo con el que se cubre, lo cual sucede en el caso expuesto al haber una disonancia total entre el puesto convocado y el supuestamente cubierto a través de la fórmula de relación a tiempo parcial⁹⁹.

⁹⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos: “*Validez...*”, ob.cit. pág.36.

⁹⁶ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “*Acceso...*”, ob.cit., págs.83-84.

⁹⁷ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “*Acceso...*”, ob.cit., págs.31-32.

⁹⁸ STSJ Navarra 22-12-1992, cit. Por GODINO REYES, Martín: “*El contrato...*”, ob.cit., pág.167, nota 418.

⁹⁹ En este sentido, STSJ La Rioja 15-4-1996, que entiende que la causa de un contrato era falsa porque la plaza de jefe administrativo no existía en la plantilla de la corporación local que contrató, situación que

Finalmente, porque entendemos que el marco inicial al cual optaba el aspirante a través de un proceso selectivo público, y el puesto o puestos ofrecidos por la Administración, con todo su haz de derechos (jornada, retribución, etc.) y obligaciones (funciones a desarrollar), e incluso expectativas (carrera profesional, etc.) eran determinantes –a nuestro juicio– para la participación en el referido proceso selectivo, la celebración del contrato posterior en caso de superarlo y la expresión del consentimiento de las partes. La jurisprudencia civil ha tenido ocasión de señalar, en este sentido, que la nulidad parcial es válida si es claro que las partes hubieran concertado igualmente el contrato sin mediar la cláusula nula (SSTS 10-10-1977 y 4-12-1986), y es evidente que por las razones apuntadas, la Administración no hubiera podido formalizar tal contrato a tiempo parcial o con funciones distintas contraviniendo las RPT. Nuestro parecer es que todo ello es esencial para la validez del negocio contractual, y de ahí que la quiebra de una parte produce la nulidad del conjunto¹⁰⁰.

No obstante, distinta conclusión mantenemos en el supuesto en que el contrato inicial respete la reserva del art.15.1.c de la LMRFP pero no así la ejecución prestacional del mismo (ineficacia posterior, sobrevenida o sucesiva) como también aquel supuesto en que el contrato infringió en su determinación el art.15.1.c pero no la ejecución del mismo; en el primer caso se habrá producido una novación contractual nula que habilitará al trabajador a reclamar a la Administración el desempeño de sus funciones, acordes con la LMRFP¹⁰¹; en el segundo supuesto, deberá prevalecer la ineficacia originaria y radical que impedía formalizar un contrato contrario a la mencionada reserva del art.15.1.c LMRFP¹⁰².

Planteada en estos términos la cuestión podría concluirse que la posibilidad de funcionarización del personal laboral adscrito a puestos de trabajo reservados a personal funcionario cuya condición hubiera sido adquirido con posterioridad al 30 de julio de 1988 (o

califica de imposibilidad absoluta de prestar los servicios porque no existen tales servicios en la entidad (FD 6º.C). Esta falsedad en la causa se reafirma, a juicio del pronunciamiento, cuando no existe el puesto, ni la oferta de empleo que lo incluyera en su extensión, ni en la plantilla, o en la confección del presupuesto.

¹⁰⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos: “Validez...”, ob.cit., pág.40.

¹⁰¹ GODINO REYES, Martín: “El contrato...”, ob.cit., pág.169.

¹⁰² GODINO REYES, Martín: “El contrato...”, ob.cit. pág.170.

la fecha específica en el ámbito autonómico o local que corresponda) mediante un proceso selectivo que en ningún caso hubiera sido convocado con anterioridad a esa fecha no sería ajustada a Derecho¹⁰³, habida cuenta que el contrato de trabajo como tal incurre en nulidad: la nulidad contractual comporta la ineficacia del contrato, sin inicial ni posterior efecto contractual (*quod nullum est nullum effectum producit*). Evidentemente el trabajador tendrá derecho a exigir por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración consiguiente a un contrato válido (art.9.2 ET) así como todos los derechos que se derivan de las relaciones conexas a la relación laboral individual durante el tiempo en que ésta ha tenido existencia e incluso una indemnización al amparo del art.106.2 CE por anormal funcionamiento de los servicios públicos¹⁰⁴, pero ello no alcanza a una hipotética participación en los procesos de funcionarización, por cuanto estos requieren la existencia de la condición de trabajador fijo, que se deriva únicamente de un contrato plenamente válido.

Esta conclusión, que nos parece impecable, creemos que debería ser aquilatada, y de ahí que en las conclusiones y propuestas finales plantearemos criterios jurídicos que permitan salvar lo que, sin duda, es un gravísimo problema en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas.

Sin duda también tal conclusión plantea otros interrogantes. Sin olvidar la ausencia de culpa en el trabajador por el error –consciente o no- en que ha incurrido la Administración, las mayores dificultades aparecen fundamentalmente, por la imprecisión del ámbito temporal existente en muchas esferas administrativas, pues si bien en la Administración del Estado la referencia es básicamente la de 30 de julio de 1988, en las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales, así como en las Universidades, el ámbito temporal puede dar pie a una elevada conflictividad. A ello intentaremos dar una respuesta en el último apartado de este capítulo.

¹⁰³ Con idéntico criterio, MAURI MAJOS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.122.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ ICART, Javier: “*Contratación...*”, ob.cit., pág.153.

VI.- A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS.

A la vista de lo expuesto, creemos oportuno plantear unas consideraciones y conclusiones finales y apuntar algunas propuestas, por cuanto sistemáticamente el Capítulo quedaría inconcluso sino relacionáramos lo dicho con una solución, o aproximación a la misma, a los complejos problemas planteados.

a) Es evidente que la existencia de un ámbito temporal específico aplicable a los procesos de funcionarización trae causa en una lógica impecable, cual es que una vez modificada la ley respectiva, y atribuidos unos determinados puestos –la generalidad- a funcionarios y los restantes –en menor número cuantitativa y cualitativamente hablando- al personal laboral, ningún contrato de trabajo puede –o debiera- formalizarse en puestos adscritos a funcionarios. En consecuencia, la fecha tiene una lógica jurídica necesaria. Su respeto, por otro lado, ha sido sancionado por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como ya hemos tenido ocasión de afirmar al inicio de este Capítulo.

La respuesta estatal ha sido clara: el 30 de julio de 1988 como fecha de referencia con carácter general y la fecha de promulgación de la Ley que cree un determinado Cuerpo o Escala de funcionarios para los restantes supuestos en que éste fuera inexistente.

En los ámbitos autonómicos y locales la cuestión es mucho más compleja. En el primer caso, la lógica jurídica debiera dar una respuesta idéntica a la estatal, si bien con un marco temporal referido a su propia ley de función pública (aprobación inicial, si es posterior a 1987, o su reforma). Sin embargo, el *totum revolutum* descrito es evidente, fruto en muchos casos de la presión sindical para reabrir *ad eternum* procesos de funcionarización, quebrando con gran intensidad el principio de seguridad jurídica, por cuanto el operador jurídico no consigue establecer con claridad cuál es la fecha de aplicación en cada supuesto.

Las Corporaciones locales repiten los defectos vistos en el ámbito autonómico, acrecentados por la flexibilidad que el art.92.2 de la LBRL introduce.

En todos los casos, además, la solución al conflicto se complica por que el plazo de tiempo que transcurre entre la aprobación de una determinada ley de índole parecida a la 23/1988 de 28 de julio y su aplicación también se eterniza, convocándose en el interín plazas laborales para puestos funcionariales.

La escasa doctrina judicial que se ha planteado la cuestión –a pesar de su evidente trascendencia- ha resuelto en el sentido ya expresado: la funcionarización sólo será posible en relación a los empleados anteriormente contratados a la fecha de reforma o entrada en vigor de la Ley (STSJ Andalucía/Sevilla 19-11-2002¹⁰⁵)

A nuestro juicio, la remisión a la entrada en vigor de la Ley, sea estatal, autonómica o, en su caso, de aplicación al ámbito local o universitario, debería quedar superada, o cuanto menos, ir conjugada con una efectiva y coherente utilización de los instrumentos de gestión de personal que instituye la ley, y más concretamente, a través de la RPT o, cuanto menos, de un catálogo de puestos con entidad suficiente.

Cierto es –insistimos- que tras la aprobación de una ley, o su reforma, la Administración afectada no debe convocar plazas como laborales que corresponden a funcionarios, pero también lo es que muchos aspectos son de difícil concreción sin la aprobación previa o reforma de la RPT; de entrada, tal como ya tuvimos ocasión de señalar, el propio impulso del proceso de funcionarización se demora en el tiempo –la institución como tal goza ya de una *mala salud transitoria* de dieciséis años-; por otro, la necesaria concreción en la RPT

¹⁰⁵ Sentencia paradigmática en este sentido y posiblemente la única que ha debido solventar el problema: la Ley 3/1991 de Presupuestos de Andalucía modificó el art.12 de la LFP de la Comunidad, estableciendo qué puestos debían ser ocupados por personal funcionario y cuáles excepcionalmente podían serlo por personal laboral, según un listado similar al art.15.1.c de la LMRFP. En consecuencia, el ámbito temporal quedó fijado a 31 de diciembre de 1991. Sin embargo, la Orden de la Consejería de Gobernación y Justicia de 31-1-2000 estableció como requisito temporal del personal que quisiera participar “*que estuviera desempeñando puesto de trabajo cuya adscripción haya sido modificada de laboral (...) a funcionario) hasta el 6 de marzo de 1996*”. La convocatoria, de 471 plazas, es declarada nula, porque puede participar en ella personal laboral fijo, que aunque fue readscrito a puestos funcionariales, no lo era en relación al 31-12-1991: “*la convocatoria no cumple el supuesto de excepcionalidad que la justifica y al que se otorga la habilitación legal que se ha comentado....*”, pues son necesarios dos requisitos: el de ser personal laboral fijo antes de 31-12-1991 y, además, pues este primero siendo necesario no es suficiente, siga prestando servicios sin solución de continuidad desde esa fecha hasta el momento de convocarse el proceso (STSJ Andalucía/Sevilla 19-11-2002, FD 6º).

de los puestos laborales y funcionarios es imprescindible habida cuenta el carácter indeterminado de los supuestos regulados en las normas legales.

Por ello, creemos que la normativa no debiera ser taxativa en cuanto a la fecha de entrada en vigor de la ley sino coherente tal previsión con la aprobación inicial o su adecuación de la RPT¹⁰⁶, ubicando tal marco temporal en esa fecha, que lógicamente supondría un marco temporal distinto para cada Administración, pero por otro lado evitaría las disfunciones administrativas propias de funcionarizar a los trabajadores sin RPT, con RPT inadecuadas a la ley o con problemas añadidos como procesos de promoción interna, movilidad funcional, geográfica, etc. del personal laboral, y, fundamentalmente, evitar el proceso sin fin en que ha derivado la funcionarización, prolongada en el tiempo de manera casi indefinida, que obliga en muchos casos a decisiones legislativas de reapertura de nuevos procesos o de modificación de los marcos temporales inicialmente previstos, como es el caso evidente de la Comunidad de Cataluña. El derecho autonómico aporta, en esta línea, algunas soluciones al respecto; así, la creación del cuerpo de agentes de seguridad de Cantabria (art.34 de la Ley 7/1997 de 30 de diciembre) permite la funcionarización de los laborales cuando ocupen el puesto a partir de la elaboración de unas nuevas RPT que se adapten a la nueva estructura funcional y entendemos que tal respuesta es la más adaptada a la práctica administrativa

¹⁰⁶ Los ejemplos son numerosos. Nos referiremos a la Comunidad de Castilla La Mancha, que ha dictado diversas normas de funcionarización, y que inició el proceso en el año 1988 con la DT 2ª de la LFP, y que reimpulsó con la Ley 1/1999. Transcurrido un largo período, la Oferta de Empleo Público de 2002 debía solventar las dificultades expuestas al indicar que tal Oferta “...podrá sufrir modificaciones...” en la distribución de plazas laborales y funcionariales convocadas “...como consecuencia de las que puedan efectuarse en las RPT, derivadas del cambio de naturaleza jurídica de los puestos de trabajo...” (DA 1ª); igualmente, el Acuerdo firmado entre la Administración y los sindicatos el 13-1-2000 (DOCLM 10-3-2000) acredita el estado inconcluso de todo el proceso al obligarse las partes a negociar los criterios básicos del proceso de funcionarización, categorías y especialidades “...y en su caso puestos a funcionarizar, con la consiguiente reordenación de puestos entre las RPT de personal funcionario y personal laboral...” (parte segunda del Acuerdo, apartado B). Finalmente, la Ley 1/2002 de 7 de febrero modificaba de nuevo la LFP de 1988 regulando los Cuerpos de adscripción del personal laboral a funcionarizar con las categorías de auxiliar y administrativo, entre otros (DA 1ª). Esta también es la opción de la legislación andaluza, que habilitó la funcionarización de aquellos trabajadores que vieron modificada la adscripción de su puesto, situando el marco temporal en “el momento de su modificación...” (DA 12ª Ley 3/1991 de 28 de diciembre, reiterado por DA 9ª Ley 4/1992 de 30 de diciembre, DA 6ª Ley 9/1993 de 30 de diciembre o DA 2ª Ley 7/1996 de 31 de julio, entre otras). Precisamente, ese continuo cambio y modificación de la adscripción es lo que ha motivado que prácticamente de forma anual la legislación andaluza haya publicado una disposición de tal tenor previendo el proceso de funcionarización y exigiendo que se ostentara la condición de fijo en el momento de la “modificación” y se mantenga en el momento de la convocatoria efectiva (ley 9/1996 de 26 de diciembre, ley 8/1997 de 23 de diciembre, ley 11/1998 de 28 de diciembre o ley 17/1999 de 28 de diciembre).

de las entidades públicas; la normativa de la Comunidad de Madrid, ejemplo ya señalado de rigurosidad en el tratamiento del proceso, también establece con claridad que la condición de laboral ocupando un puesto adscrito a funcionario debe ostentarse en el día en que se inicien los efectos de la modificación o inclusión de tal naturaleza en la RPT (art.12.3 Decreto149/2002).

b) en cuanto a los específicos marcos temporales de referencia, el planteamiento es distinto según se trate del ámbito autonómico, local o universitario.

Frente al ámbito estatal, claramente determinado, anteponeamos que las Comunidades Autónomas debieran seguir el mismo esquema: fecha de referencia en función de la modificación o aprobación inicial de su ley de función pública, o de la ley específica que crea un determinado Cuerpo o Escala, o de adoptarse, nuestra propuesta relativa a la aprobación de las RPT o catálogos de identidad equivalente. Por otro lado, se hace imprescindible clarificar los diferentes ámbitos temporales que surgen por la promulgación sucesiva, y no siempre coherente, de diferentes leyes que regulan procesos de funcionarización, ámbitos temporales todos ellos coonestados, en nuestra propuesta, con la aprobación posterior de RPT o catálogos adecuados, que sirvan –ellos sí- como punto de referencia inicial del proceso funcionarizador. Sin duda este planteamiento haría justicia al principio de seguridad jurídica de la funcionarización en las Comunidades Autónomas.

En cuanto a las Corporaciones locales –así como las Universidades públicas-, entendemos que una respuesta también respetuosa con ese principio de seguridad jurídica pasaría por estas dos consideraciones:

- la incorrección de todos aquellos procesos de funcionarización que no tienen en cuenta ninguna referencia temporal, muy numerosos como tuvimos ocasión de estudiar.
- La fijación de un ámbito temporal –también coonestado con la aprobación de la RPT o catálogo- que parta de dos premisas:

- a) la entrada en vigor de la LBRL en el supuesto de las Corporaciones locales.
- b) La aplicación del principio de identidad para entes locales y Universidades en aquellas Comunidades Autónomas en donde la legislación lo prevé, fijando en este supuesto tal fecha como punto de referencia, y la aplicación supletoria de la LMRFP en las restantes, pero también articulando todo el proceso, y su aspecto temporal, en base a la aprobación de RPT o catálogos.

Es evidente, en la tesis que aquí mantenemos, que hay una derivación del ámbito temporal hacia una fecha posterior a las leyes de referencia, cuál es el de la aprobación de las respectivas RPT o catálogos en cada Comunidad Autónoma, Corporación Locales o Universidades Públicas. Insistimos en ello como fórmula coherente y segura para evitar el caos jurídico actualmente existente.

c) una última consideración se plantea en torno a la gravísima problemática derivada de nuestra conclusión final: la nulidad de los contratos de trabajos formalizados posteriormente a la fecha de referencia. Es una cuestión de indudable trascendencia en la gestión de los recursos humanos y una conclusión que se adivina compleja en su tratamiento jurídico.

Trascendencia porque sitúa a nuestras entidades públicas en la gestión de un colectivo de personal que, habiendo accedido al empleo público laboral cumpliendo todos los requisitos legales y reglamentarios, deviene en la condición de contrato nulo por un incorrecto funcionamiento de la Administración contratante, lo cual choca con un principio de justicia material, que sólo beneficia a la entidad pública.

Pero la gravedad es aún mayor si tenemos en cuenta que numerosas convocatorias autonómicas y locales permiten la participación de tales trabajadores, al no cuestionarse la improcedencia de su inicial contrato, ni plantear ninguna de las partes que la nulidad del mismo no sana por la posterior adquisición de la condición de funcionario de carrera, condición que igualmente se calificaría de nombramiento nulo.

Compleja perspectiva jurídica por cuanto además no siempre es fácil determinar si tal o cual contrato es nulo, pues la fecha de referencia es igualmente dudosa, cuando no inestable: piénsese en el caso paradigmático de Cataluña, un supuesto jurídicamente clamoroso: si el primer ámbito de referencia fue el 4 de agosto de 1994, debe deducirse que cualquier contrato de trabajo formalizado con posterioridad en puesto funcional sería nulo. Sin embargo, la DT 12ª introducida en la LFP en el año 2000, permite la participación en el proceso de aquellos contratos formalizados entre el 5 de agosto de 1994 y el 1 de enero de 2001. ¿son contratos, por tanto, nulos, a los que se habilita excepcionalmente a la participación o son contratos que han sanado *ex lege* en su nulidad por una disposición legal posterior de la Comunidad? Todo ello sin entrar a discutir en este momento sobre la competencia de una Comunidad Autónoma para convalidar un contrato nulo –materia laboral, de competencia exclusiva estatal- en función del puesto de trabajo que ocupaba en el listado legalmente establecido –competencia ésta sí autonómica, si lo dispone su Estatuto de Autonomía-.

La respuesta pasa, a nuestro juicio, por valorar si es posible a través de ley habilitar la participar en el proceso de funcionarización a trabajadores sujetos a un contrato de trabajo nulo.

La doctrina, con carácter mayoritario, parece deducir –aunque no se ha pronunciado expresamente en cuanto a la cuestión es la conclusión que extraemos de la proclamación del carácter nulo del contrato o incluso de la previa decisión de la Administración contratante, que incurría en ese vicio de nulidad¹⁰⁷ - la imposibilidad de que tales trabajadores participen en el proceso de funcionarización, por cuanto un vicio de nulidad que afecta no sólo al contrato resultante sino al acto administrativo previo impide otorgar una posición de privilegio al trabajador en el acceso a la función pública. En este sentido, la doctrina administrativa ha planteado que frente a la opción del contrato nulo lo que cabría es un contrato indefinido no fijo, posición asumida con carácter minoritario, pero que igualmente supondría, como hemos

¹⁰⁷ Para ENDEMAÑO AROSTEGUI (“*La funcionarización...*”, ob.cit., pág.375, nota a pie 58), el acuerdo de una Administración convocando una plaza reservada a funcionario estaría viciado de nulidad, por encontrarnos ante un supuesto de nulidad de los previstos en el art.62.1.f de la Ley 30/1992.

defendido en esta misma segunda parte (capítulo segundo) la imposibilidad de la funcionarización.

La norma civil establece la posible convalidación del contrato afectado de nulidad. En concreto, indica que la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato se haya confirmado de forma válida (art.1309 del CC). La confirmación supone, así, la sanación *in radice* del contrato anulable, por la manifestación de voluntad de la persona a quien correspondía pedir su anulación. Igualmente se señala que sólo son confirmables los contratos que reúnen los requisitos expresados en el art.1261 del CC, esto es, en que concurren los requisitos esenciales: consentimiento, objeto y causa.

Sin embargo hemos situado la nulidad del contrato laboral por la razón expuesta en otro ámbito, por contravención de una norma imperativa, y estos no son susceptibles de confirmación. En este caso, el marco jurídico aplicable es el art.6.3 del CC, según el cual los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno de derecho, si bien cabe que en las referidas normas “*se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”.

Tampoco creemos que el instituto civil de la conversión pueda ser propuesta tan siquiera como supuesto *de lege ferenda* al legislador. Este mecanismo se orienta a mantener la validez y la eficacia de aquellos contratos que son inválidos o ineficaces, de tal manera que el contrato nulo puede producir los efectos de otro distinto, cuyos requisitos sí se cumplan y sobre cuya finalidad las partes contratantes estuvieran de acuerdo¹⁰⁸. La doctrina civilista española mayoritaria se muestra partidaria de su admisibilidad¹⁰⁹, pese a la ausencia de una previsión

¹⁰⁸ El origen de la conversión está en el art.1424 del Código Civil italiano: “*conversión del contrato nulo. El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato distinto, cuyos requisitos de sustancia y forma contenga, cuando, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por las partes, deba considerarse que estas lo habrían querido si hubiesen conocido su nulidad*”. El originario art.140 del BGB alemán también lo instituyó: “*si un negocio jurídico nulo responde a los requisitos de otro negocio, entonces vale este último, si debe admitirse que la validez de éste, conociéndose la nulidad, habría sido querida*”. Sin embargo, el derecho francés, del que parte el Código Civil español, no lo ha asumido. Un extenso estudio –quizá el más significativo en el derecho español sobre esta figura jurídica puede consultarse en DIEZ SOTO, C.Manuel: “*La conversión del contrato nulo*”. Editorial Bosch. Barcelona, 1994.

¹⁰⁹ Generalmente en el ámbito mercantil y civil. Así, entre otros supuestos, en la legislación cambiaria, otorgando el valor de simple recibí al endoso de un cheque al librado (art.121.2); también, a la sociedad

legal expresa en ese sentido en el Código Civil y a la ausencia de referentes prácticos en los Tribunales. A nuestro juicio, sin embargo, no hay posibilidad de aplicar en el proceso de funcionarización, con el derecho positivo vigente, y en una propuesta *de lege ferenda*, tal opción, pues la conversión debería ser a alguna otra variante contractual (contrato civil, contrato mercantil, trabajador indefinido no fijo) que no permitirían solventar la razón última perseguida: la legalidad de la funcionarización. Y, tampoco, con mayor rotundidad, que la conversión fuera directamente a régimen funcional, pues quebrantaría los principios constitucionales de acceso a la función pública.

En vista de todo ello, nuestra propuesta, tanto según el régimen jurídico actual, como *de lege ferenda* en algunos supuestos, pasaría por el siguiente esquema normativo, en un afán de resolver lo que, a nuestro juicio, implica un grave problema jurídico y de gestión de los recursos humanos públicos:

Esta propuesta se concreta en el siguiente esquema¹¹⁰:

- en primer término, debería tratarse de un trabajador vinculado por un contrato fijo que hubiera cumplido todos los requisitos legales y reglamentarios exigidos para el acceso a tal condición. Consiguientemente, quedaría fuera del planteamiento que proponemos los indefinidos no fijos o cualquier otra modalidad contractual que no fue escrupulosa con aquellos requisitos en el acceso al empleo público: convocatoria pública, libre acceso de participantes, oferta pública de empleo o procedimiento de promoción interna.

- nos parece inviable que la autoridad judicial de validez al contrato amparándose en la levedad de la infracción, por cuanto –hemos indicado reiteradamente– tal circunstancia choca

anónima irregular que no se inscribe en el Registro, a la cual se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o sociedad civil (art.16 Real Decreto Legislativo 1564/1989).

¹¹⁰ La propuesta que planteamos ha sido, no obstante, rechazada por el único autor que hemos localizado que se ha planteado la cuestión, al señalar que la nulidad inicial del contrato “*no es podria corregir a través d’un procediment de funcionarització, atès que aquest tipus de procediment és concebut com un remei extraordinari i singular...*” (MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.122).

con el mandato constitucional originado por el art.103 CE y sancionado por las SSTC 99/1987 y 37/2002.

- cabe, sin embargo, tomar en consideración, con todas las cautelas posibles, el marco de actuación que prevé el art.9 del ET, en virtud del cual “*si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones...*” (art.9.1, último párrafo).

Tal precepto tiene una visión tutelar del trabajador, y nos permite plantear el alcance de las referidas “*condiciones..*”. Doctrinalmente se ha dicho que no puede tratarse de cualquier condición de trabajo, pues ello no supondría una especialidad; se trataría de condiciones de trabajo pactadas por encima de los mínimos exigibles, al amparo de una norma convencional o legal, pero en base a un criterio extensivo, se ha planteado que podría abarcar, en la práctica “*cualesquiera condiciones de trabajo*” pactadas en la parte inválida del contrato¹¹¹; además, también se ha expuesto que la sanción de nulidad total, que implica el derecho del trabajador a exigir por el trabajo que ya hubiese prestado la remuneración consiguiente aun contrato válido (art.9.2 ET), no supone únicamente tal derecho, sino también todos los otros derechos que se derivan de las relaciones conexas a la relación laboral individual, durante el tiempo en que la relación laboral perviviera¹¹², fundamentalmente la normativa sobre accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la relativa a la seguridad y salud en la Administración¹¹³.

¿Puede incluirse en tales condiciones la opción a participar en el proceso de funcionarización o considerar que en tanto no se ejecute la nulidad, el trabajador podrá participar por subsumir esta opción entre “*los otros derechos que se derivan de relaciones conexas*”? Es evidente que una respuesta afirmativa es forzada y voluntariosa, pero entendemos, como propuesta de

¹¹¹ PALOMEQUE LOPEZ, Manuel-Carlos: “*Validez...*”, ob.cit., pág.46.

¹¹² ALMANSA PASTOR, José Manuel: “*La prestación...*”, ob.cit., pág.64.

¹¹³ En este sentido se pronuncia FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, en “*El contrato...*”, ob.cit., pág.603.

solución, que el camino debiera ir en ese sentido, y plasmar, a partir de ello una concreción legal del art.6.3 del CC.

Un ejemplo práctico, y muy vigente, es el que aporta el actual art.36.3 de la Ley Orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España, promulgada como LO 4/2000 y modificada por LO 8/2000. Según aquel precepto, para contratar a un extranjero no comunitario el empresario debe obtener autorización del Ministerio de Trabajo. La falta de ésta autorización, “*sin perjuicio de las responsabilidades a qué de lugar, no convalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero*”. Defiende así un sector doctrinal y judicial que, de un contrato radicalmente nulo se derivan efectos jurídicos, al amparo del art.6.3 del Código Civil, en virtud del cual la respuesta de nuestro ordenamiento es no perjudicar al trabajador –casi siempre víctima de la situación creada- en base del reconocimiento de todos los derechos de aquél derivados de la existencia de dicho vínculo

Nuestra propuesta es que las normas legales que prevean o instituyan procesos de funcionarización permitan la participación de aquellos trabajadores cuyo acceso haya cumplido los requisitos antes mencionados –igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el proceso selectivo para ser laborales fijos-, de tal forma que la nulidad de pleno derecho traiga una consecuencia específica, al amparo de la dicción final del art.6.3. –“...*salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención...*”-, que sin embargo –debe destacarse- no sanan la referida nulidad radical o de pleno derecho del contrato¹¹⁴, pero sí solventa el grave problema planteado.

En este sentido, la jurisprudencia, desde siempre, ha intentado paliar la rigidez de la nulidad radical, asumiendo un criterio flexible, según el cual no es necesario que la validez de los

¹¹⁴ Sobre la expresada dicción del art.6.3, la doctrina y jurisprudencia han apostado por dos criterios distintos: el que considera que el término *salvo* no modifica la nulidad y el que entiende que las consecuencias no serían las de la nulidad sino las de la anulabilidad. Entendemos, en este caso, que la primera de las opciones es la más acertada, dada la claridad del precepto legal, lo que supone que estaremos ante una nulidad radical o de pleno derecho, pero un efecto distinto, señalado por la norma, que consistirá en la posibilidad de participar en el proceso de funcionarización, como prevé, en otro orden de cosas, el art.16 de la Ley de Propiedad Horizontal que sobre la base de la nulidad radical –acuerdos contrarios a la ley o a los Estatutos- permite la eficacia de los mismos si no se impugnan en tiempo y forma, lo cual no modifica la circunstancia de nulidad radical.

contrarios a la ley sea ordenada textual y expresamente, especialmente si hay una legislación especial que regule la materia (como es el supuesto de la funcionarización) o, también, que el problema suscitado revista una gran complejidad, no resoluble alegremente por una simple y aislada aplicación del art.6.3. del Código Civil¹¹⁵.

De aquí que abogemos por una doble respuesta:

a) en cuanto a los procesos de funcionarización ya llevados a cabo, aplicar una interpretación flexible del art.6.3, considerando que la nulidad del nombramiento de funcionarios por previa nulidad del contrato de trabajo da un resultado drástico y contraproducente, incluso contrario a los intereses económicos de la Administración, a su eficacia organizativa y al equilibrio sindical, político y de gestión de los recursos humanos. En consecuencia, si la ley de función pública pertinente, o la ley que regula la funcionarización, no impide la participación de tales trabajadores, aún con independencia de que el listado de puestos adscritos a funcionarios o laborales sea una determinada, prevalecerán aquellas primeras, a través de una interpretación flexible del párrafo *in fine* del art.6.3 del Código Civil, pero a la vez restrictiva del afán anulador, de tal manera que son normas que instituyen un “*efecto distinto*”¹¹⁶, exigido por el referido precepto civil.

b) que *ad futurum*, las normas sobre funcionarización establezcan con claridad la participación de tales trabajadores, ya sea a través de una mención expresa, ya sea flexibilizando el criterio del ámbito temporal en que accedieron a la condición de trabajo fijo, concretando lo que la doctrina administrativa ha venido a denominar como la retroactividad *in bonus* del Derecho Administrativo¹¹⁷.

¹¹⁵ Vid., en este sentido a RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco en, AA.VV: “*Comentarios al Código Civil. Tomo I. Título Preliminar*”. Editorial Bosch, Barcelona, 2001, pág.200., con cita de doctrina civilista (LA CRUZ-DELGADO) y de jurisprudencia tanto antigua como más reciente (STS 31-5-1968, 7-2-1984 y 28-7-1986, entre otras muchas).

¹¹⁶ Tomamos este criterio flexibilizador de la tesis del Profesor Rivero, ob.cit., pág.201.

¹¹⁷ LÓPEZ MENUDO, Francisco: “*El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*”. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1982.

La retroactividad *in bonus* no es una regla constitucionalmente derivada *a sensu contrario* del art.9.3 de la CE, sino que tiene su origen en la ley ordinaria. Del referido precepto constitucional no puede deducirse una retroactividad de las normas más benignas. Por el contrario, la irretroactividad *in malam partem* es una institución jurídica “*conquista del género humano*”¹¹⁸: la retroactividad *in bonus* es una institución jurídica diferente, pero está plenamente acogida por el Derecho Administrativo¹¹⁹ y para el supuesto concreto de la funcionarización, tres serían los fundamentos que, siguiendo lo manifestado por la doctrina teórica que la ha estudiado, se podrían aplicar¹²⁰:

1º.- por un criterio de estrictas razones de justicia: el trabajador fijo no es culpable del mal funcionamiento de la Administración pública, debiendo ser ésta y no aquél el que debe soportar las consecuencias de tal perversión administrativa;

2º.- por un criterio de *humanitas causa*, acogiendo la denominación y doctrina emanada de los tribunales contenciosos: el derecho administrativo es un medio para lograr un fin, y en la funcionarización como institución jurídica este fin no es otro que adecuar el vínculo jurídico del trabajador a la naturaleza del puesto.

En este sentido, el derecho autonómico ha aportado soluciones a la referida problemática, como es el supuesto de la legislación catalana o valenciana, ya reseñados, a pesar de que ya hemos manifestado nuestras serias dudas sobre la competencia legislativa autonómica para normar sobre la validez o no, aunque sea indirectamente, de un contrato de trabajo, pero sí que lo es, desde otra faceta, para regular el ámbito subjetivo de los aspirantes a la funcionarización, con lo que la consecuencia práctica puede ser la misma. Esta legislación autonómica ha sufrido un proceso evolutivo, partiendo de la inicial fijación de un ámbito temporal de referencia que luego ha debido adaptarse, por lo general a consecuencia de un tardío desarrollo o adecuación de sus RPT, pero también a resultas de una negociación

¹¹⁸ LÓPEZ MENUDO, Francisco: “*El principio...*”, ob.cit., pág.180.

¹¹⁹ LÓPEZ MENUDO, Francisco: “*El principio...*”, ob.cit., pág.187.

¹²⁰ LÓPEZ MENUDO, Francisco: “*El principio...*”, ob.cit., pág.189.

colectiva que ha intentado incorporar el mayor número posible de contratados laborales al proceso. Este marco normativo asume, en consecuencia, la responsabilidad en que ha incurrido la Administración en la demora de los procesos de funcionarización y la convocatoria de plazas laborales para puestos funcionariales, después de haberse promulgado leyes o disposiciones que no lo permitían, pero también nos parece conveniente que, como propuesta *de lege ferenda*, fuera una norma estatal, con el carácter de básico, la que estipulara la posibilidad de participación de todos estos trabajadores¹²¹. En definitiva, postulamos la promulgación de una ley estatal con carácter básico o, en su defecto, el desarrollo legislativo autonómico correspondiente, que asume el carácter de “*ley-medida*” que habilite la participación de trabajadores en las circunstancias señaladas y cuya finalidad no sea otra que “*la obtención del resultado política que se intenta conseguir haciendo abstracción de todos los problemas jurídicos que para llegar a tal resultado final han de plantearse necesariamente*”¹²². La aplicación de este principio, en la funcionarización, no eliminaría o disminuiría, sin embargo, la reprochabilidad por la conducta incorrecta de la Administración, pero lograría suavizar –lo consigue en las Comunidades en que así se ha aplicado- el rigor de la sanción de nulidad del contrato.

¹²¹ Esta posibilidad, referida a las Comunidades Autónomas, parece ser aceptada por la escasísima doctrina que se ha planteado la cuestión. Así, COSTA CASTELLÀ (“*Patologías...*”, ob.cit., págs.8-9), entiende que hay una difícil respuesta al problema, pero que una interpretación amplia de las normas legales de funcionarización podrían conducir a la corrección de irregularidades originarias como las señaladas.

¹²² LÓPEZ MENUDO, Francisco: “*El principio...*”, ob.cit., pág.191.

CAPITULO CUARTO

EL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN (III): EL PROCEDIMIENTO DE ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO.

I. INTRODUCCIÓN.

En la primera parte (capítulo tercero) de esta tesis hemos planteado aquellos aspectos del proceso de funcionarización que se refieren a su carácter restringido desde la perspectiva constitucional. Tal circunstancia afecta intensamente al derecho mismo de acceso en condiciones de igualdad a la función pública y por ello consideramos oportuno dedicarle allí un capítulo en particular. En ese mismo análisis pudimos establecer que de los diversos aspectos que afectaban al principio de igualdad en el acceso, una de sus concreciones era el procedimiento selectivo.

Igualmente ya en esta segunda parte (capítulo primero) se ha tratado sobre la interrelación entre los denominados “*instrumentos de gestión de personal*” de las Administraciones Públicas y la funcionarización. Muchas de las cuestiones planteadas guardaban una relación, directa o indirecta, con el proceso selectivo posterior de acceso a la condición de funcionario. Así, tanto la formulación del carácter restringido de la funcionarización como los aspectos selectivos de los referidos instrumentos ya han apuntado o avanzado lo que es, *per se*, uno de los núcleos centrales del proceso de funcionarización, objeto del presente capítulo: la adquisición de la condición de funcionario a través de un sistema selectivo *ad hoc*.

El procedimiento de selección es uno de elementos básicos del propio derecho de la función pública, a pesar de lo cual no son muchos los estudios doctrinales que han tratado en profundidad los diversos aspectos del mismo. No pretendemos en este capítulo llevar a cabo tal análisis, pero si considerar el procedimiento selectivo específico que supone la funcionarización y estudiarlo desde esta perspectiva, lo que supondrá también analizar el proceso selectivo en genérico en todo aquello que afecta o mediatiza el específico de funcionarización.

Ciertamente la funcionarización se configura como un proceso selectivo *ad hoc*, pero ello no supone que la selección sea un factor de segundo orden en la institución como tal. Un análisis de su singularidad obliga, no obstante, a una reflexión general de los procesos

selectivos, para establecer en que aspectos se asemejan o son idénticos y en cuáles difieren o adoptan una particularidad específica.

Sin embargo, este capítulo sería incompleto si se centrara únicamente en el análisis teórico, por otro lado absolutamente imprescindible. Es necesario también un estudio práctico, en base a la actuación de las Administraciones Públicas. En este sentido, por razones de lógica sistemática y acotación del trabajo, hemos tenido en cuenta como punto de referencia las convocatorias que ha llevado a cabo la Administración del Estado, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad, OOAA de ellas dependientes y demás entes públicos de ámbito estatal desde 1991 hasta la actualidad, incluyendo en este caso las Universidades Públicas.

En cuanto a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, el análisis se ha hecho igualmente en profundidad, si bien por lógica imposibilidad de acceder a todas y cada una de las convocatorias aprobadas, se ha sido selectivo en los textos consultados. En primer término, se ha tenido presente las diferentes normas legales y reglamentarias que al respecto han aprobado las diecisiete Comunidades, y que han afectado a su personal y, según en qué casos, al de los entes locales. Algunas de estas normas han configurado un auténtico *corpus* normativo de la funcionarización, y no sólo en el aspecto selectivo, del que es ejemplo destacado el Decreto 149/2002 de 29 de agosto regulador del proceso en la Comunidad de Madrid.

Igualmente, se ha trabajado con numerosas convocatorias específicas que han aprobado procesos de funcionarización desde 1991, si bien por razones de acceso a fuentes y base de datos, el mayor volumen de las mismas en el ámbito autonómico y local se concentran en el período 1998-2003, franja temporal que consideramos como el punto álgido, numéricamente hablando, de convocatorias de funcionarización. Finalmente, también se ha tenido presente el fruto de la negociación colectiva autonómica y local, fundamentalmente en cuanto a convenios colectivos de personal de las Comunidades Autónomas y, en menor medida, de los entes locales. Por razones obvias, en algunas cuestiones se ha dado un cierto

trato más extenso a la problemática de la funcionarización en Cataluña, como es al tratar el requerimiento del conocimiento de lengua catalana para acceso a la función pública.

Por otro lado, el proceso selectivo *strictu sensu* no es el último elemento a estudiar en este capítulo, por cuanto este se titula “*procedimiento de adquisición de la condición de funcionario...*”. La adquisición de tal condición, en el proceso de funcionarización, supone superar el proceso selectivo convocado pero también el posterior nombramiento por parte de la autoridad competente, el juramento o promesa de cumplimiento de la legalidad vigente y la toma de posesión del puesto de trabajo en el plazo reglamentario, englobado todo ello en el apartado de actuaciones posteriores y conclusión del proceso selectivo. No obstante, tales fases posteriores al proceso selectivo no adquieren una particularidad específica en la funcionarización, con algunas salvedades. Por consiguiente, más allá de algunas referencias puntuales, el capítulo se centrará *in extenso* en el procedimiento selectivo de funcionarización y finalizará con un apartado específico que englobará todas aquellas fases posteriores.

Una última reflexión en cuanto al método de trabajo del presente capítulo. Hemos creído oportuno efectuar, tal como se ha mencionado, un análisis práctico extenso de cómo se ha concretado la funcionarización en cada ámbito de la Administración (central, autonómica, local y universitaria). Las especificidades y rasgos propios son muchos y para ello, hemos referenciado, a pie de página, ejemplos y remisiones a convocatorias y bases en concreto. Evidentemente, tales citas lo son a uno o diversos supuestos, que creemos significativos, pero en modo alguno son los únicos; de ahí que advirtamos al lector que en modo alguno hemos referenciado exhaustivamente a todas las Administraciones –muchas, por lógica, han quedado fuera- pero si las que en mayor o menor medida aportan consideraciones de interés al objeto de este capítulo¹.

¹ En estas referencias, además, hemos intentado ser lo más plural posible, abarcando todas las Comunidades Autónomas –a pesar de que en algunas la funcionarización ha alcanzado una intensidad mayor, por ejemplo la Comunidad Valenciana, Murcia o Madrid, en tanto que otras ha sido menor, como por ejemplo Canarias o Galicia-; en el ámbito local, hemos incluido tanto a grandes corporaciones (ayuntamientos y diputaciones) como también medianos y pequeños municipios, pues en ellos, pese a su menor significación numérica, no resta en importancia enjuiciar como han encarado las particularidades del proceso en su muy específico ámbito. No se extrañe el lector, por tanto, que en ocasiones las referencias puedan ser simultáneas a un gran

II. EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO PARA LA ADQUISICIÓN DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO.

En los sistemas occidentales, dos han sido los procedimientos ordinarios de acceso al empleo público: el denominado de *spoils system* (sistema de botín) y el de *merits system* (sistema de mérito), que corresponden geográficamente –aunque no con absoluta precisión– como referente a la Administración estadounidense, en el primer caso, y a las Administraciones europeas, en el segundo.

El *spoils system*, como sistema de reclutamiento propugnado por el Presidente Jackson implicaba un rechazo del poder burocrático: se parte del Estado-comunidad en el que se abre la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda optar profesionalmente a la función pública, lo que implicaba también una asunción formativa por parte de la ciudadanía de ese ejercicio, de tal manera que se cerraba el paso a la institucionalización de la profesión funcionarial como casta o grupo separado de la sociedad a la que sirve. El sistema, imperfecto, sufrió matizaciones y fue evolucionado tanto por la acción del legislador como de la jurisprudencia de tal manera que, en especial desde la *Civil Reform Act* de 1978, los puestos a ocupar desde una óptica de elección política han disminuido y se ha avanzado en pro de un reclutamiento en base a pruebas selectivas objetivas e independientes de la opción política gobernante, pese que actualmente en los niveles estatal y local el número de puestos de acceso político continua siendo alto².

El sistema de mérito, o *merits system*, ha sido definido como una conquista, no necesariamente materializado de forma absoluta, en la historia occidental de la función pública, y se articula en torno a un procedimiento de acceso que prevé pruebas objetivas, basadas en el principio de igualdad, en las cuales los aspirantes deben acreditar una determinada capacidad, competencia o incluso integridad moral suficiente³. La lógica es

entidad pública o Comunidad y a un pequeño municipio o entidad local. Idéntica reflexión cabe hacer en cuanto a las Universidades públicas.

² BALLBÉ MALLOL, Manuel: “*Principios pluralistas...*”, ob.cit., págs.40-41.

³ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: “*Régimen...*”, ob.cit., pág.46.

que la Administración no puede incorporar personal a su servicio siguiendo los mismos parámetros de libertad en el reclutamiento que se predicen del sector privado.

Este último es el modelo español y de los países del entorno europeo democrático, que se apoyan sobre los referidos principios de igualdad, mérito y capacidad, si bien entre aquel primero y estos segundos, pese a su presentación conjunta en la mayoría de textos constitucionales, hay diferencia de contenido y alcance. Así, en tanto que el principio de mérito y capacidad implica la acreditación de determinadas cualidades intelectuales, morales y físicas y tiene su origen en el derecho inglés y alemán, el principio de igualdad en el acceso al empleo público es la concreción del principio general de igualdad ante la ley y nace de la Revolución francesa. En todo caso, todos estos principios son de obligado cumplimiento por cuanto la Administración, en su actuación, está obligada a gestionar el interés público con eficacia: se vinculan por tanto aquellos a este también principio de actuación⁴.

Tal distinción no implica que, hoy día, su aplicación sea exacta y rigurosamente geográfica. Al contrario, el sistema de méritos prevalece en la Administración europea pero también se da en la norteamericana, si bien la designación política existe no sólo en EEUU – especialmente en la función pública federal- sino también en el marco europeo, por lo que puede afirmarse que ambos sistemas conviven en nuestras Administraciones⁵.

En el caso concreto de España, todos los textos constitucionales, incluida la Ley de Movimiento Nacional de 1958, se han referido al acceso a la función pública bajo los principios de igualdad y mérito, si bien la realidad práctica no ha sido necesariamente consonante con la letra de la ley, sea cual sea el momento histórico que se enjuicie, incluido el presente. La Constitución Española de 1978 consagra, como ya hemos tenido ocasión de mencionar en capítulos anteriores, los principios de igualdad, mérito y capacidad, en los arts.23.2 y 103.3. No obstante, todos ellos no se plasman con el mismo alcance; así, el

⁴ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “*Derecho...*”, ob.cit., pág.123.

⁵ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: “*Régimen...*”, ob.cit., pág.47.

principio de igualdad cabe concretarlo según los requisitos que establezcan las leyes, en tanto que el principio de mérito se considera incondicionado y absoluto⁶, si bien la legislación estatal, autonómica y local los plasman de manera conjunta, de lo que es buen ejemplo el art.91.2 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local: *“la selección de todo el personal (...) debe realizarse (...) mediante convocatoria pública (...) se garanticen, en todo caso, los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*.

La importancia del procedimiento selectivo se engarza, así, con un derecho fundamental cual es el de acceso a la función pública y de ahí que acordemos con la doctrina más solvente que el grado de cumplimiento y vigencia de los principios mencionados suponen en la práctica un test sobre el respeto que una sociedad y su Administración Pública tienen hacia el Estado de Derecho, pero también constituyen una condición previa para el funcionamiento correcto de aquélla, pues la selección de los más capaces debe suponer un mayor grado de eficacia de los entes públicos⁷. Por otro lado, es pacífica la aceptación de que en el sistema constitucional español se establece una garantía institucional⁸ de la función pública⁹ y que dentro de ella, la selección del personal de los entes públicos se configura sometida a unos principios que la ordenan y presiden; de ahí que el propio Tribunal Constitucional haya calificado la importancia del proceso administrativo de selección como *“el instrumento procedimental mediante el cual se pretende conseguir, a través de unas fases taxativamente establecidas, que el acceso a los empleos y funciones públicos esté regido por los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”*. (STC 148/1986).

⁶ MARTÍNEZ MARÍN, Antonio: *“Régimen...”*, ob.cit., pág.49.

⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *“Derecho...”*, ob.cit., pág.124.

⁸ Sobre lo que esta garantía implica, la STC 32/1981 de 28 de julio indicó que en *“el orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indisponible por el legislador”*. No obstante su configuración institucional específica se difiere al legislador ordinario, por lo que tal garantía institucional no implica un contenido concreto, pero sí una institución reconocible, de tal manera que la garantía se quiebra si la referida institución es limitada de tal modo que pierde su existencia real.

⁹ Vid., en este sentido, a CASTILLO BLANCO, Federico A: *“Acceso....”*, ob.cit., pág.53.

En el sistema español de acceso al empleo público, tanto para la condición de funcionario como de laboral, el procedimiento de acceso puede ser a través del concurso, oposición o concurso-oposición. Si bien nos extenderemos con más detalle al respecto, apuntar en este momento que la oposición consiste en la celebración de una o más pruebas de capacidad cuya finalidad es determinar la aptitud de los aspirantes en relación a la plaza o plazas convocadas y fijar el orden de prelación final; el concurso supone la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y, finalmente, el concurso-oposición es un procedimiento mixto de los anteriores, basado en la celebración de un proceso de oposición y, generalmente a continuación, una valoración de fase de concurso.

Además de las previsiones legales (leyes generales de función pública, fundamentalmente, pero también leyes especiales referidas a colectivos específicos: justicia, docentes universitarios, personal militar, función pública local, etc.), la regulación del procedimiento de selección de funcionarios aparece previsto, tanto para el ámbito estatal como para las Comunidades Autónomas en diversos reglamentos de desarrollo. La Administración del Estado se rige por el Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso (RGI), con carácter *supletorio* para todos los funcionarios civiles estatales no incluidos en su ámbito de aplicación y para las restantes Administraciones Públicas; las Comunidades Autónomas sin excepción han aprobado sus propias normas reglamentarias. La característica fundamental de todo este desarrollo reglamentario es que, si bien su objetivo principal es regular el proceso selectivo para adquirir la condición de funcionario de carrera o interino, ya sea mediante el sistema de acceso libre o por el de promoción interna, se aplican igualmente a los procesos de funcionarización en todo aquello que no hay una regulación expresa para estos a través de leyes o disposiciones reglamentarias específicas. En unos casos, la remisión es prácticamente general (caso de Cataluña), en tanto que en otros, el mayor desarrollo reglamentario específico de la funcionarización ha disminuido el papel de las disposiciones generales (así, Aragón o Madrid).

Los aspectos fundamentales previstos en la normativa de aplicación a la funcionarización se refieren a los sistemas selectivos –ya mencionados–, al procedimiento específico que regula

la selección (desarrollo de las pruebas, tribunales selectivos, contenido de las pruebas o ejercicios, cursos de perfeccionamientos o períodos de prácticas, etc..) y los actos posteriores al de publicidad de los aspirantes seleccionados.

En conclusión, con carácter general, la adquisición de la condición de funcionario implica la superación de proceso selectivo formalmente establecido y, si así se previera, la realización y superación de unos cursos de formación y/o períodos de prácticas, el nombramiento conferido por la autoridad competente, la prestación de juramento o promesa de cumplir fielmente el cargo y la toma de posesión en el plazo reglamentariamente fijado. Este esquema es de aplicación igualmente al proceso de funcionarización, si bien con modulaciones o concreciones específicas previstas *ex profeso* por la norma o por la adaptación de los criterios aplicables con carácter general.

III. REQUISITOS DE PARTICIPACIÓN EN LOS PROCESOS SELECTIVOS DE FUNCIONARIZACIÓN.

A diferencia de la selección de personal funcionario o laboral establecido en la legislación general, ya se trate para acceder por el turno libre –esto es, de libre concurrencia por parte de todos los ciudadanos que reúnen los requisitos establecidos en la ley- como por promoción interna –es decir, reuniendo los referidos requisitos pero acreditando también la condición de trabajador o funcionario de un cuerpo, escala, categoría o grupo inferior al convocado-, en los procesos de funcionarización pueden establecer dos tipos de requisitos exigidos por la normativa: los de carácter general instituidos para cualquier proceso selectivo y los específicos propios del proceso que estudiamos.

El primer grupo lo constituyen, para el ámbito estatal, las exigencias establecidas en el art. 30.1 de la LFCE, no recogidas ni actualizadas por la LMRFP pero sí por todas las normas de función pública autonómicas: nacionalidad, edad, titulación, circunstancias físicas o psíquicas y antecedentes disciplinarios o de inhabilitación. Son elementos básicos, si bien en algunos supuestos la normativa autonómica ha matizado o modulado estos requisitos: así, sustituyendo esa referencia a las circunstancias físicas o psíquicas por una más genérica

capacidad para el ejercicio de las funciones propias del Cuerpo o Escala a que se accede (art. 45.d de la LFP Cataluña; art. 30.5 de la LFP Galicia)

El segundo grupo lo conforman los requisitos específicos exigidos para la funcionarización, y a los cuáles ya nos hemos en parte referido en otros capítulos: básicamente ostentar la condición de personal laboral fijo y la adscripción del puesto de trabajo ocupado como laboral a régimen funcionarial. No obstante, la normativa y las convocatorias de funcionarización también han establecido otras especificidades que conviene estudiar.

El análisis del primer grupo importa a los efectos de la funcionarización porque se trata de requisitos de carácter general que son exigidos a ciudadanos que ya prestan servicios en la Administración. Su exigencia incondicionada puede llegar a distorsionar el proceso de funcionarización, pues no todos fueron requeridos en el acceso al empleo público laboral y otros se han modificado o desaparecido, de tal forma que no pueden ser acreditados por el trabajador que concurre a la funcionarización. Por ello se hace preciso llevar a buen término un análisis de tales requisitos y su exigibilidad o no en el proceso selectivo que aquí estudiamos; en un segundo apartado nos centraremos en el mantenimiento de tales requisitos hasta el momento de toma de posesión y juramento o promesa.

En un segundo grupo se estudiarán los requisitos de carácter específico, exigibles únicamente en el proceso de funcionarización.

Los requisitos instituidos, unos y otros, para participar en el proceso de funcionarización constituyen, así, aptitudes genéricas y verificables, siempre objetivas, que pueden estructurarse en dos grupos: las que suponen acreditación de conocimientos, habilidades o circunstancias positivas¹⁰ (titulación, condición de laboral fijo, nacionalidad, edad, etc.) y los que implican la ausencia de determinadas causas de incapacidad moral o física (no

¹⁰ Si bien la doctrina se ha referido a conocimientos y habilidades, siempre desde la perspectiva de los procesos selectivos ordinarios (*vid.* MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, *ob.cit.*, pág.79), entendemos que en los procesos de funcionarización debe añadirse el factor de la circunstancia o el hecho positivo, como es la necesidad de ostentar la condición de personal laboral fijo. También creemos que se incluirían en este supuesto la nacionalidad o la edad.

separación del servicio, ausencia de incapacidad física o mental, etc.). Todos ellos deberán ostentarse en el momento de presentación de la instancia con la que se concurra al proceso selectivo de funcionarización, y son imprescindibles para que pueda constituirse la concreta relación jurídica entre el trabajador aspirante a funcionario y la Administración, y que se materializa en la condición de *admitido*. Estos requisitos, en consecuencia, deberán ser diferenciados de los méritos que pueda alegar el trabajador, incluidos los previstos específicos por la DT 15ª de la LMRFP o sus equivalentes autonómicos, como es el caso de los servicios prestados como laboral o las pruebas superadas para lograr tal condición, que tendrán una consideración distinta (STS 22-5-1986).

En concreto analizaremos los siguientes: la edad mínima y máxima exigida, el nivel académico o titulación requeridos, la nacionalidad, la ausencia de enfermedad o defecto físico del aspirante, el requisito de no haber sido separado del servicio público ni estar inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas y, finalmente, todo un conjunto de requisitos que son exigidos generalmente en las bases y/o convocatorias de procesos de funcionarización y que podríamos considerar *ad hoc* a los mismos.

III.1.- Edad.

La normativa establece que con carácter general el acceso a la condición de funcionario público requiere del ciudadano una edad mínima de dieciocho años (art.30.1.b de la LFCE; art.135.b del TRRL). A lo largo de la historia de la función pública española, esa edad no siempre ha sido la misma (hasta la CE de 1978, la mayoría de edad se situaba en los veintiún años, en tanto que para ingresar en determinados cuerpos y escalas se exigía edades superiores), si bien en el momento presente está unificada para todas las Administraciones Públicas, pese a que algunas normas autonómicas prevén hipotéticas edades superiores si así se exige en la convocatoria (art.45.b LFP Cataluña; art.30.4 LFP Galicia). Las razones que justifican tales previsiones hay que buscarlas en el interés público de la Administración Pública respecto de los servicios que tiene a su cargo y de los propios aspirantes en relación a la que plaza que pretenden¹¹.

¹¹ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.33.

En cuanto a la edad máxima, la normativa de función pública no la establece con exactitud. Así, el art.30.1.b) de la LFCE indica que será la “*que se establezca para cada Cuerpo*” (en parecida expresión también, el art.45.b LFP Cataluña) cuando no en términos mucho más genéricos previstos en la convocatoria¹², en tanto que otras normas (ámbito local) se han referido tradicionalmente a aquélla que falten menos de diez años para la jubilación forzosa por edad, según la legislación básica de función pública (art.135.b del TRRL), aunque tal previsión no ha sido seguida por el redactado de normas aprobadas por las Comunidades Autónomas¹³, lo que nos obliga plantear su vigencia, tanto por esta razón como por aspectos de índole constitucional, durante el período en que el precepto ha mantenido vigencia, esto es, hasta el 31 de diciembre de 2003, por cuanto la Ley 62/2003 de 30 de diciembre (art.58) ha derogado la referida prescripción.

Ninguna dificultad debería plantearse en un proceso de funcionarización en base a la edad mínima exigible. Si ésta con carácter general son los dieciocho años, será prácticamente imposible localizar trabajadores fijos con edades inferiores, pues también la mayoría de edad viene así establecida para el personal laboral en las normas vigentes y, de localizarse algún supuesto, este se enmarcaría en trabajadores entre dieciséis y dieciocho años, por lo que es anecdótica la posibilidad, excepción hecha de supuestos de trabajadores indefinidos no fijos resultado de alguna irregularidad o fraude de ley en su contratación¹⁴. Aun así, de producirse, creemos que la norma de la mayoría de edad es incuestionable y, por consiguiente, su falta de cumplimiento impediría al trabajador afectado optar a la plaza convocada. Idéntica conclusión la establecemos para procesos de funcionarización en donde el titular del puesto funcionarizado deba acreditar un nivel de titulación que no es

¹² Así, el art. 25.b de la LFP de La Rioja establece como edad mínima los dieciocho años “*y, en su caso, cumplir los requisitos de edad establecidos en la convocatoria respectiva.*”; en parecidos términos, art.12.1.b de la LFP Comunidad Valenciana.

¹³ Téngase en cuenta que el art.135.b del TRRL no tiene un carácter básico de forma directa, sino que según la DF 7ª del TRRL, por su ubicación el Título VII, su carácter básico originariamente debía inferirse “*conforme a su naturaleza o según disponga la legislación estatal vigente en aquéllas*” (DF 7ª.1.b), si bien por STC 385/1993 de 23 de diciembre se declaró inconstitucional el inciso “*conforme a su naturaleza o*” de la DF.

¹⁴ Ciertamente en la actualidad uno de los escasos supuestos en que pueden localizarse trabajadores menores de edad en la Administración serían aquellos vinculados por contratos para la formación (antiguo contrato de aprendizaje) en el marco de las Escuelas Taller y Casas de Oficios dependientes de entes públicos.

alcanzable con la mayoría de edad, y que no fuera requerido cuando accedió a la condición de laboral.

Mucho más compleja es la edad máxima de acceso a la función pública. Por un lado, porque determinados Cuerpos y Escalas establecen edades relativamente jóvenes (así, 30 ó 35 años para el acceso a cuerpos policiales o cuerpos que exigen determinadas condiciones físicas –guardas forestales, etc.-) y, por otra, la problemática derivada de la posible participación en el proceso de funcionarización de trabajadores con más de sesenta y cinco años (edad que implica la jubilación forzosa del funcionario pero que, voluntariamente, puede prolongar –salvo excepciones- hasta los setenta su edad de jubilación) así como la funcionarización en el ámbito local, por cuanto el TRRL ha exigido hasta el 31 de diciembre de 2003 una edad máxima de cincuenta y cinco años (esto es, diez años menos que la edad de jubilación forzosa), precepto que, no obstante, no ostentaba el carácter de norma básica.

Sistemáticamente vamos a establecer la corrección de la previsión del régimen local español, ya no vigente desde el 1 de enero de 2004, por cuanto la conclusión que de allí infiramos nos servirá para plantear la respuesta al resto de cuestiones.

El límite del TRRL, que se situaba en cincuenta y cinco años, no creemos que fuera razonable ni tampoco constitucionalmente aceptable. La ausencia de razonabilidad en tal previsión se deriva de la pérdida de su originario sentido. Inicialmente, la exigencia de diez años de hipotética vida laboral en activo tenía su razón de ser en que la extinta (desde 1993) Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local (MUNPAL) requería nueve años de cotización para obtener la pensión de jubilación. Tras la integración en el régimen de la Seguridad Social, el período de carencia exigido por la LGSS es de quince años (carencia genérica) y dos dentro de los últimos quince (carencia específica), por lo que la previsión del TRRL carecía de todo sentido, máxime cuando la legislación toma en cuenta todo tipo de servicios cotizados a la Seguridad Social, con independencia de que hayan sido en la condición de funcionario.

En cuanto a la hipotética inconstitucionalidad, debe señalarse que para que la edad fuera un límite posible, debe tener una razón objetiva y constitucionalmente aceptable, aspectos ambos que no somos capaces de deducir con carácter general para el acceso a la función pública local¹⁵. Finalmente, tal como hemos ya apuntado, la Ley 62/2003 de 30 de diciembre ha reformado el art.135.b, estableciendo únicamente el requisito de una edad mínima en el acceso a la función pública local, fijándola en la ordinaria de dieciocho años, y omitiendo cualquier referencia a la pretérita edad máxima del TRRL de 1986.

Respuesta diferente entendemos cabe dar a los supuestos en que para el acceso a determinado Cuerpo o Escala se haya fijado una edad máxima, tanto en el ámbito local como para el resto de esferas administrativas. Es, como hemos indicado, el supuesto de la policía local, servicios de extinción de incendios, guardas rurales, entre otros. Si bien en algunos casos el proceso de funcionarización no es un supuesto –en teoría- posible (así, no procede en el caso de la policía, por cuanto sus agentes deben ser forzosamente funcionarios, sin que quepa, ni haya cabido, la posibilidad del contrato laboral), en otros será factible, en especial cuando se trate de Cuerpos de nueva creación que limiten la edad de acceso y haya contratados laborales afectados. Entendemos en todos estos casos que si se dan las razones objetivas y constitucionalmente aceptables, esto es, en base a una legítima decisión legislativa que, atendiendo a los necesarios elementos diferenciadores y de las características del Cuerpo o Escala de funcionarios, o algunos de los puestos a ocupar por aquellos¹⁶, será posible establecer objetivamente este límite de edad. En este caso, sí puede darse una situación de conflicto.

¹⁵ Al respecto, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “*Derecho...*”, ob.cit., pág.119.. El TSJ de Aragón planteó una cuestión de inconstitucionalidad al respecto, admitida a trámite por providencia de 14-1-1997 (BOE de 24-1-1997). El Informe del Defensor del Pueblo del año 2000 (BOCG de 8 de octubre de 2001, serie A, núm.201) claramente se pronunció por la incorrección de tal limitación: “*la citada restricción, aplicada indiscriminadamente, supone una vulneración del derecho de acceso a funciones y cargos públicos...*”. Según el mismo informe, tal criterio fue aceptado por la Dirección General de la Función Pública, que pretendía incorporar la desaparición del límite en el no-nato Estatuto de la Función Pública (págs. 210-211 del Informe).

¹⁶ Es precisamente el supuesto resuelto en la STC 75/1983 que valida el límite de edad impuesto, aunque en el caso concreto que resuelve no se trata del acceso a un determinado Cuerpo o Escala de funcionarios, sino a puestos de trabajo concretos, a proveer entre los funcionarios integrantes de aquellos.

En este supuesto, creemos que la edad máxima para el acceso al Cuerpo y Escala funcional no puede funcionar como un límite para ser admitido al proceso selectivo de funcionalización, en base a una razón de justicia material y de posible discriminación constitucional. Las referidas edades máximas son correctas y admisibles cuando persiguen una finalidad, cuál es evitar el ingreso en la función pública de ciudadanos que, *ex novo*, acceden al Cuerpo o Escala pero con una edad superior al que se considera límite de razonabilidad. Sin embargo, si este candidato ya ejercía las funciones del puesto funcionalizado, tal límite carece ya de sentido, por cuanto se trata de un cambio de régimen jurídico, pero no de puesto o funciones que continuarán siendo las mismas. Por otro lado, esta edad máxima funciona como límite para el acceso, pero no autoriza en modo alguno que el funcionario que accedió con anterioridad y luego supera la edad sea expulsado de la función pública o reconvertido; al contrario, salvo los supuestos legalmente previstos de segunda actividad, el funcionario continuará en servicio activo, gozando así mismo del derecho a la promoción interna. Por ello, entendemos que el trabajador que supere tal edad debe poder participar en los procesos de funcionalización, siendo deseable que para disipar cualquier duda las leyes que aprueben el proceso o que creen los cuerpos y escalas afectados por el límite establezcan la excepción a la regla general.

Por último, debemos referirnos a la posible funcionalización de trabajadores con edades superiores a los 65 años. A diferencia de la posición anterior, creemos que no es posible tal participación, pese a que tal conclusión puede parecer incoherente con las reformas de Seguridad Social acaecidas durante el año 2001.

La mayoría de los convenios colectivos existentes a la fecha de promulgación del Real Decreto Ley 5/2001 y de la posterior Ley 12/2001 fijaban, para el sector público, la edad de jubilación forzosa a los 65. Tal posibilidad era constitucionalmente factible si se cumplían los requisitos que en sede constitucional ha fijado el Alto Tribunal: que el trabajador acreditara el período de carencia mínimo para el cobro de la prestación de jubilación y que tal cláusula de jubilación forzosa tuviera una finalidad ligada a la política de empleo, fundamentalmente incentivadora de incorporación de jóvenes y desempleados al mercado laboral, pese a lo cual la jurisprudencia del Tribunal Supremo fue paulatinamente

difuminando tales requisitos, reduciéndolos de hecho al primer de los indicados; tras la derogación de la DA 10ª del ET y a la vista de la nueva normativa auspiciadora de la prolongación de la edad de jubilación más allá de los sesenta y cinco, sumada a la posible discriminación –a la que empleados y sindicatos, que no desde el punto de vista jurídico, son sensibles- que puede darse con los funcionarios –que si pueden prolongar su edad de jubilación- permite aventurar que muchos convenios colectivos equipararán unas y otras edades. Junto a ello, lógicamente, cabe añadir infinidad de Administraciones Públicas –en especial, las locales- que no tienen normas convencionales y, por tanto, se ven imposibilitadas de jubilar forzosamente a sus trabajadores mayores de 65 años. Por consiguiente, es un supuesto perfectamente plausible la existencia de trabajadores con más de 65 años hipotéticamente afectados por un proceso de funcionarización.

A nuestro juicio, la posibilidad de prestar servicios como funcionario más allá de los 65 años es, legalmente, una opción posible para el funcionario que aún no ha cumplido tal edad. Como señala el art.33 de la LMRFP la jubilación se declara de oficio a la referida edad y sólo puede impedirse por parte del funcionario tal hecho si voluntariamente prolonga su permanencia en el servicio activo; las normas reglamentarias estatales y autonómicas han establecido, por lo demás, que esa declaración de voluntad debe ser, lógicamente, anterior al cumplimiento de la edad: en el caso del Estado, una antelación mínima de dos meses a la fecha de cumplimiento de la edad, según art.4.1.2 de la Resolución de 31 de diciembre de 1996.

Sin embargo, creemos que no es posible la participación en un proceso selectivo –general o de funcionarización- con una edad cumplida de sesenta y cinco o más años. La conexión de tal previsión con la regla general de que la edad máxima para participar en un proceso selectivo es la de jubilación forzosa nos lleva a tal conclusión cuanto menos según la normativa vigente, lo que no impide entender como razonable que la ley exceptuara de tales límites a los candidatos a la funcionarización, aunque siempre en todo caso con el límite de los setenta años, edad general en la que ya no es posible continuar prestando servicios como funcionario público de carrera, cuanto menos en la práctica totalidad de Cuerpos y Escalas.

Del estudio práctico de las convocatorias de funcionarización consultadas puede desprenderse un plural planteamiento en la cuestión de la edad, que puede reconducirse a cuatro posiciones:

- referencia en exclusiva a la edad mínima para la participación en la convocatoria, pero sin señalar una edad máxima, lo cual contrasta con las convocatorias generales en donde se manifiesta esa edad máxima. Fue la tónica general de la Administración del Estado y de las Universidades Públicas en las primeras convocatorias¹⁷, hasta aproximadamente el año 1993.
- A partir de la referida fecha, las Universidades Públicas completaron el requisito de tener cumplidos los dieciocho años con la exigencia genérica de “no haber alcanzado la edad de jubilación”¹⁸ o “no haber superado la edad de jubilación”¹⁹, que en aquel entonces estaba fijada como obligatoria a los sesenta y cinco años, lo que no impide localizar convocatorias posteriores que sólo exigen el primer requisito²⁰. En este caso, pues, se permite la presentación de trabajadores para funcionarizarse con independencia de que la prestación de servicios que pudieran llevar a cabo en la nueva condición fuera en mayor o menor tiempo o, incluso, inexistente, para el supuesto de que el candidato cumpliera los sesenta y cinco años entre la fecha de finalización del plazo de presentación de instancia y la toma de posesión y juramento o promesa del cargo. Sin embargo, la Administración del Estado continuó con la única exigencia primera, hasta el año 1998, en donde con

¹⁷ Resolución de 25-7-1991 de la Universidad de Castilla-La Mancha para cubrir 3 plazas de Técnicos (BOE 10-8-1991); Orden de 15-6-1992 del Ministerio de Educación y Ciencia para cubrir plazas de Profesores Técnicos de Formación Profesional (BOE 15-7-1992); Orden de 31-5-1993 del MOPU para cubrir 194 plazas de Técnicos Facultativos Superiores (BOE 9-6-1993).

¹⁸ Resolución de 19-10-1993 de la Universidad Complutense de Madrid de cobertura de 32 plazas de Administrativos (BOE 26-11-1993).

¹⁹ Resolución de 5-6-1995 de la Universidad Autónoma de Madrid, convocando 3 plazas de Ayudante de Archivos (BOE 6-7-1995).

²⁰ Resolución de 13-4-1994 de la Universidad de Almería, para cubrir 2 plazas de Ayudante de Archivo (BOE 3-5-1994); ; Resolución de 17-1-2000 de la Universidad Autónoma de Madrid convocando 1 plaza de Administrativo (BOE 7-2-2000).

carácter general instituyen también la referencia a la edad de jubilación en parecidos o iguales términos²¹.

Con mayor concreción, alguna Universidad Pública a partir de 1998 y algunos departamentos ministeriales de la Administración del Estado desde 1999 especifican que la edad de jubilación que no debe haberse alcanzado es la “*legalmente establecida*”²² o “*la establecida...*”²³, lo cual supone a nuestro juicio una referencia expresa a los sesenta y cinco años, por darse ya en ese período la posibilidad de prórroga hasta los setenta años.

En línea con lo anterior, tanto las Comunidades Autónomas como las Corporaciones Locales han seguido la misma evolución, con idénticas excepciones a lo largo del tiempo. La opción que hemos defendido anteriormente según la cual el derecho se ve limitado como máximo a la edad de jubilación forzosa, no siendo posible la participación de trabajadores con más de sesenta y cinco años que en función de su norma colectiva o pacto individual continúen prestando servicios en la Administración aparece expresamente previsto en las convocatorias de funcionarización de la Generalitat de Cataluña, que requiere “*no haber superado la edad establecida para la jubilación forzosa*”²⁴.

²¹ Resolución de 14-12-1998 convocando plazas de Auxiliares de OOAA (BOE 29-12-1998).

²² Resolución de 27-7-1998 de la Universidad de Burgos, para diversas plazas (BOE 26-8-1998).

²³ Orden de 11-5-1999 convocando 6 plazas de Profesores Técnicos de Formación Profesional del Ministerio de Educación y Ciencia (BOE 28-5-1999).

²⁴ Por todas, Resoluciones (dos, de idéntica fecha) de 12-9-2002 convocando 354 plazas de Auxiliar Administrativo y 225 plazas de Administrativos (DOGC 17-9-2002). También en otras Administraciones, podemos citar el Acuerdo del Consell de Govern de les Illes Balears de 19-10-2001 para la funcionarización de 741 plazas de personal laboral autonómico (BOIB 30-10-2001). Entre las Corporaciones locales, la más reciente –al cierre de esta tesis– puede localizarse en el proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Jaraíz de la Vera, según Acuerdo de 7-1-2004, en donde expresamente se requiere “*tener cumplidos los 18 años de edad sin exceder de 65..*” (BOP de Cáceres 22-1-2004).

- convocatorias en los que no se efectúa ninguna mención expresa a edad mínima o máxima²⁵, lo que a nuestro entender supone una remisión a la normativa general²⁶, pese a que en algunos supuestos la redacción literal de la convocatoria parece obviar expresamente cualquier referencia a la edad de tal forma que con independencia de ella es posible la participación, lo cual a nuestro juicio no es una interpretación correcta²⁷. Se trata de una excepción a la regla general en el caso de la Administración estatal, autonómica y universitaria, pero muy frecuente en las Corporaciones Locales²⁸, que en algún caso solamente obvian este requisito de edad²⁹.

- Finalmente, convocatorias en donde puede objetarse las referencias sino a la edad mínima, si a la edad máxima, por cuanto se establecen límites –con apoyo en las normas locales ya mencionadas- que restringen la participación a los trabajadores que deseen funcionarizarse y que les falte menos de diez años para la jubilación

²⁵ Ordenes (dos de idéntica fecha) de 26-3-1999 del Ministerio de Justicia convocando 26 plazas de Auxiliares y 12 de Oficiales (BOE 23-4-1998); Orden de 11-7-2002 de la Conselleria de Educación de la Xunta de Galicia convocando plazas de profesores (DOG 2-9-2002); Resolución de 8-2-2000 de la Universidad Autónoma de Barcelona convocando plazas de auxiliar administrativo (DOGC 1-3-2000).

²⁶ Así expresamente se prevé en alguna convocatoria o texto regulador: entre otras, la Resolución de 9-9-2002 de la Universidad Rey Juan Carlos sobre Acuerdo de funcionarización del personal laboral de la Escuela Oficial de Turismo (BOCM 16-10-2002).

²⁷ Así la Orden de 27-6-2001 de la Consejería de Administraciones Públicas de la Comunidad de la Rioja ordenando el proceso de funcionarización del personal laboral de la Comunidad únicamente exige la condición de laboral fijo y la titulación. (BOLRI 30-6-2001), criterio reiterado en la nueva Orden 127/2003 de 26 de diciembre (BOLRI 30-12-2003). En la convocatoria de funcionarización del Ayuntamiento de Jaca únicamente se exige la condición de trabajador fijo (BOP de Huesca 31-8-2001).

²⁸ Entre otras muchas, convocatorias de funcionarización de los Ayuntamientos de Lorca (BORM 26-1-2003 y 4-2-2003), Ayuntamiento de Huercal de Almería (BOP de Almería 8-11-2002), Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra (DOE 31-10-2002); Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002), Ayuntamiento de La Granja de Torrehermosa (DOE 19-2-2001).

²⁹ A la vista de ello, parece que el requisito máximo de edad denota una conflictividad originada por aquellos supuestos en donde pueden haber aspirantes con edad superior a 65 años, por lo que se opta por obviar el requisito. Así, convocatoria de funcionarización de la Cuadrilla de La Guardia-Rioja Alavesa (BOTH 29-1-1999), del Ayuntamiento de Cartagena (BORM 23-2-2002) Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002), Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002) o Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 11-7-2002), entre otros.

forzosa³⁰, si bien tampoco es extraño prever la posibilidad de compensar ese límite con los servicios prestados con anterioridad en la Administración Local, que supone una forma de validar la participación a mayores de cincuenta y cinco años³¹. En algún caso la referencia a un límite es genérica, al prever que la edad máxima será la que se “*determine reglamentariamente*” pero sin señalar ninguna, lo cual implica a nuestro juicio la remisión a la normativa general³².

III.2.- Titulación.

La titulación se configura como unos de los requisitos de acceso a la función pública de contornos no siempre pacíficos. A nuestro juicio, es un elemento destacable también en los procesos de funcionarización y de ahí que la norma efectúe una referencia expresa a la misma. Esta referencia supone establecer un requisito de ineludible cumplimiento, quizá el más claro, pero también en donde con no poca frecuencia se detectan previsiones paralelas o *ad hoc* para salvar la carencia del nivel académico o titulación requerida.

Así, la DT 15ª de la LMRFP prevé la participación del personal laboral en el proceso de funcionarización, “*siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos*”. La redacción es ciertamente significativa, por cuanto en primer término se refiere a la titulación con precisión, en tanto que al resto de requisitos cabe especificarlos a través de otras normas; tal previsión ha sido igualmente asumida con un carácter prácticamente generalizado por la normativa de función pública autonómica. Por ello, entendemos que no hay posibilidad de convalidar de una u otra forma el requisito de titulación para aquellos aspirantes que carezcan de ella y la consulta de las convocatorias de funcionarización acredita que es regla muy mayoritaria la que establece tal exigencia cuando existe una correspondencia entre plaza o puesto ocupado y aquellos para los que fue

³⁰ Convocatoria de diversas plazas del Ayuntamiento de Moratalla (BORM 3-12-2002) y del Ayuntamiento de Alfaro (BOLRi 15-3-2003).

³¹ Funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Calahorra (BOLRi 19-6-2001 y 26-6-2001), del Ayuntamiento de Ceutí (BORM 1-7-2002) o del Ayuntamiento de Alfaro (BOLRi 15-3-2003).

³² Resolución de 15-3-1989 de funcionarización de la Universidad Politécnica de Cataluña (DOGC 12-4-1989).

seleccionado como trabajador fijo, asumiendo la doctrina del Tribunal Constitucional que ha declarado contrarias a Derecho a aquellas normas que habilitaban tal posibilidad³³.

Ello nos permite exponer los cuatro principales problemas que el requisito de titulación puede dar pie en un proceso de funcionarización:

- a) la participación de aquellos trabajadores que ocupan plazas laborales en donde por vía de convenio colectivo o norma paccionada, o decisión de la Administración, se permite el acceso de trabajadores que no ostentan la titulación del grupo de clasificación, pero acreditan determinados años de antigüedad o experiencia.
 - b) una situación específica derivada de la anteriormente expuesta, cuál es la disfunción que en la promoción funcional al grupo C es posible la misma para funcionarios del grupo D que carezcan de la titulación de aquél primer grupo, en tanto que una promoción de igual forma en el ámbito laboral supondría luego una dificultad para la funcionarización como grupo C de aquél laboral que no reúna los requisitos de titulación.
 - c) la hipótesis de funcionarización de los anteriores supuestos en aquellos casos en que la norma autonómica no prevé el requisito de titulación.
 - d) finalmente, la ausencia por parte del trabajador aspirante de la titulación requerida por la ley o las bases y convocatorias.
- a) En el primer caso entendemos que, en base a la previsión de la DT 15ª de la LMRFP y sus equivalentes autonómicos, no será posible acceder a la funcionarización. Es cierto que

³³ El supuesto más destacado es el que instituyó la DA 3ª LFP Cantabria, a través de la cual se permitía la incorporación como funcionario de carrera de un grupo de clasificación superior, fijado por sentencia judicial firme, aunque el trabajador funcionarizado no ostentara la titulación correspondiente. La inconstitucionalidad fue sentada por STC 388/1993 de 23 de diciembre. Doctrinalmente se ha planteado la misma conclusión para la –vigente– ley 16/1997 de 7 de noviembre del Parlamento vasco que permite la realización de pruebas de funcionarización para el personal docente laboral fijo que carezca de titulación para integrarse en el cuerpo de funcionarios: la previsión, en este sentido, ha sido suspendida por ATC de 14-7-1998; postulando abiertamente la inconstitucionalidad de la citada Ley, *vid.* PUERTA SEGUIDO, Francisco: “*La consolidación...*” pág.318.

trabajadores que no acreditan un determinado nivel o titulación académica ocupan en no pocas ocasiones plazas laborales que sí los requieren pero que por vía convencional u otras han promocionado³⁴; estos verán mermadas sus posibilidades de funcionarización, pero también lo es que la norma vigente no distingue. Posiblemente una solución al problema pasaría por su funcionarización en una situación de *a extinguir*, como en determinados momentos de nuestra función pública ha acaecido, pero al amparo de la norma actual tampoco esto es ahora factible. Ello no impide localizar convocatorias que han buscado, en términos de dudosa legalidad, soluciones al referido problema por el procedimiento de convalidar la titulación mediante la acreditación de antigüedad en la Administración convocante³⁵.

b) En cuanto a la disfunción que se origina en el supuesto de la promoción del grupo D al C, ésta es ciertamente significativa en el momento de funcionarizar. La DA 22ª de la LMRFP, añadida a la Ley a través del art.61 de la Ley 42/1994, establece que el acceso a Cuerpos o Escalas del grupo C podrá llevarse a cabo a través de promoción interna desde Cuerpos o Escalas del grupo D, mediante concurso-oposición, requiriéndose la titulación exigida en el art.25 de la LMRFP –BUP, FP 2n.grado o equivalentes de los actuales planes de estudios-, que podrá ser dispensada con una antigüedad de diez años en el referido

³⁴ Valgan como ejemplo los convenios colectivos del personal laboral de la Generalitat de Cataluña y de las Universidades Públicas catalanas. En el primer supuesto (5º Convenio Colectivo único para el período 2000-2003, DOGC núm.3331 de 20-2-2001) se establecen cinco grupos profesionales (A, B, C, D y E), equivalentes a la estructura en grupos funcionariales del art.25 de la LMRFP, permitiéndose en todos ellos el acceso acreditando la titulación correspondiente pero pudiendo obviarse tal requisito a través de la “*capacitación probada en relación con el puesto de trabajo*” si el ingreso es por promoción o traslado, si bien en los supuestos del grupo A y B tal opción no será posible si la ley exige una titulación concreta (art.17.3); el art.26 del CC del personal laboral de las Universidades públicas catalanas (DOGC núm.3332 de 21-2-2001) sigue el mismo esquema, aunque con un criterio más flexible, pues la titulación puede compensarse también con la referida “*capacidad probada*” a través del concurso de cobertura de plaza, definiéndose (art.27) como tal aquella que tiene un trabajador que no posee la titulación exigida, pero si la del grupo inmediatamente inferior a la plaza más una determinada experiencia profesional (cinco años, o tres años y acreditar cien horas de formación, que se entienden *de facto* acreditadas si la Universidad no ha podido ofrecerlas en su plan de formación).

³⁵ No es un opción generalizada, pero sí presente en no pocas convocatorias. Así, para la funcionarización de escalas del grupo D, la ausencia de titulación es suplida en la Universidad de Zaragoza a través de acreditar una determinada antigüedad en categoría laboral equivalente (diez años) o de antigüedad (cinco años) y superación de un curso de formación, pero no dando tales opciones para el acceso a los grupos A y B (BOA 10-5-2002); sin embargo, en la funcionarización del personal laboral del servicio de recaudación de la Diputación Provincial de León, se generalizó la posibilidad de concurrencia sin titulación, aceptándose la titulación que en su momento se ostentaba al acceder en el puesto –fuera cuál fuese aquella-, incluso para puestos del grupo de clasificación B (BOP de León 2-12-1994).

Cuerpo o Escala del grupo D o de cinco años más la superación de curso específico de formación. Es posible, por tanto, como excepción a la regla general, que funcionarios del grupo C carezcan de la titulación requerida y hayan accedido a éste a través de la vía de la DA 22ª, norma que por otro lado tiene el carácter de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, lo que supone su aplicación a la Administración autonómica, local y universitaria.

La dificultad de gestión acontece cuando un trabajador del grupo C, que carece de titulación pero que accedió también por promoción interna reuniendo los requisitos previstos en su convenio colectivo o norma de aplicación o, más específicamente si es el caso, cumpliendo idénticos requisitos que los previstos en la DA 22ª de la LMRFP, pretende participar en el proceso de funcionarización. Debe decirse que, *prima facie*, la referida DA no parece orientarse exclusivamente a los funcionarios, pues en ningún momento los menciona, si bien –a nuestro juicio- la clara referencia a Cuerpos o Escalas y, con mayor rotundidad, la consideración del precepto como norma básica, nos permite deducir que la voluntad del legislador era instituir tal promoción de los funcionarios, en tanto que el personal laboral debe regirse por sus normas convencionales, tal como indica el art. 24 del ET, que difiere a los convenios colectivos o, en su defecto, al acuerdo colectivo entre la Administración y la representación del personal laboral el régimen de ascensos.

El resultado de tal disfunción es que de mantener la solución aportada al supuesto a), no sería posible la funcionarización de tales laborales. No parece que la norma haya previsto la solución jurídica al supuesto, por lo que en base a un principio de justicia material, debería permitirse tal participación. Ello así lo prevén las bases de la convocatoria de funcionarización del grupo C de algunas Administraciones Públicas³⁶, pero el amparo legal, a la vista de la redacción actual de la DT 15ª y sus equivalente autonómicos es ciertamente

³⁶ Resolución de 29-7-2002 de funcionarización de la Universidad de Zaragoza (BOA 10-5-2002) y de la Universidad de Murcia (BORM 6-9-2002); También así parece preverlo la DA 2ª, apartado tercero, de la Ley 9/1999 de 26 de mayo de normas reguladoras de conservación de la naturaleza de Castilla-La Mancha, según la cual el beneficio de exención de titulación se aplica también a los supuestos de funcionarización. Con absoluta claridad lo instituye el Acuerdo entre la Diputación General de Aragón y los sindicatos de 24-6-1996 (BOA 28-6-1996), al permitir funcionarizarse como grupo C a los trabajadores que posean la titulación del grupo D y acrediten una antigüedad de diez años –incluida la pertenencia a la categoría de este grupo- o de cinco años si superan un curso de formación (art.33).

dudosa su estricta corrección jurídica, y de ahí que abogemos por la necesaria adaptación del texto legal.

c) En tercer lugar, hemos de plantear qué posibilidades de funcionarización acontecen cuando las normas autonómicas no han previsto expresa y claramente el requisito de titulación como uno de los de debido cumplimiento por parte de los aspirantes al proceso. Podemos observar tal circunstancia en algunas normas y muy especialmente, en bases y convocatorias específicas, sobre todo del ámbito local, aunque se sustenten en normas legales que si requieran el nivel académico. Entendemos que el esquema actual vigente en la LMRFP integra tal laguna, pues el art.25 de la Ley agrupa a los funcionarios en Cuerpos, Escalas, clases y categorías en función de “*la titulación exigida para su ingreso*”, siendo tal precepto básico según el art. 1.3 de la ley. En consecuencia, no creemos ajustadas a derecho previsiones autonómicas que obvien el requisito de titulación.

d) Finalmente, cabe referirse a los supuestos en que el empleado que ocupa la plaza carece de titulación. Como hemos ya manifestado, la ley no establece excepción a tal requerimiento –con las consideración que hemos formulado en los anteriores párrafos- y en este sentido es acogido por la gran mayoría las convocatorias consultadas. Sin embargo, es preciso formular algunas reflexiones al respecto.

La primera, y más significativa, es que con el proceso de funcionarización aflora el conflicto de la falta de titulación. Lo acredita el propio texto de las convocatorias, pues la exigencia de ese nivel académico se formula en los términos de poseerse o, lo que es ilustrativo, estar en condición de obtenerlo en la fecha en que termine el plazo de presentación de instancia. Esta última referencia es lógica en un proceso abierto o de promoción interna, pero debería –en puridad- carecer de sentido en la funcionarización, pues no debiera haber distinción en la exigencia de titulación a la hora de acceder a una plaza laboral o funcional. Pero la realidad de los hechos demuestra lo contrario y son muchas las convocatorias que emplean tal previsión, lo que reafirma nuestra tesis de que la ausencia de la titulación requerida impide la concurrencia a la convocatoria (STSJ Navarra

6-3-1996), aunque se ocupara previamente la plaza laboral³⁷, si bien en algunas convocatorias no hay exigencia de titulación alguna, lo que permite plantear la colisión con la normativa legal³⁸ que debe resolverse mediante la aplicación de ésta, sin excusas.

Una última consideración en torno a la titulación requiere plantear un problema de fondo: el requerimiento de titulación debe guardar congruencia con las funciones que ejercerá el nuevo funcionario, que cuando menos en teoría, deberían ser las mismas a las que ejercía como trabajador. La jurisprudencia requiere que debe existir una plena adecuación entre esas funciones y el título exigido, de forma que la potestad de autoorganización de la Administración Pública convocante no será omnímoda, por lo que entendemos que el principio a aplicar ha de ser el de “*libertad con idoneidad*”³⁹, con mayor intensidad incluso en los procesos de funcionarización que en cualquier otro proceso selectivo, pues ello impedirá la exclusión de trabajadores que no ostentan aquella concreta titulación. La solución más coherente, y a la vez más respetuosa con un principio de justicia material, sería aquella que implicara no exigir a los aspirantes laborales una titulación distinta a la que fue exigida para acceder a la categoría o grupo profesional laboral, con tres excepciones:

- a) en primer lugar, cuando se trate de un supuesto de promoción interna al amparo de normas convencionales o acuerdos colectivos entre Administración y representantes del personal laboral, en donde se haya suplido la falta de titulación por la acreditación de

³⁷ Los ejemplos son numerosos en todos los ámbitos administrativos. Así, en la esfera local, puede mencionarse la convocatoria de funcionarización del Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002) o del Ayuntamiento de Huercal de Almería (BOP de Almería de 8-11-2002)

³⁸ Generalmente en pequeños y medianos municipios. Así, proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Jaca (BOP de Huesca 31-8-2001) o Ayuntamiento de San Vicente de Alcántara (BOP de Badajoz 29-10-2001).

³⁹ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.87. La STS 7-7-1989 exige la correspondencia entre los conocimientos y el objeto singular de la función a desarrollar, que supondrá guardar “*estrecha e íntima relación*” entre aquellos y ésta (FD 4º). En algunas convocatorias consultadas quiebra tal principio, al permitirse el acceso a través de la posesión de otras titulaciones; así, el Ayuntamiento de Cartagena, para funcionarizar una plaza de arqueólogo, exige titulación apta para tal función, “*o cualquier otro título superior equivalente...*” (BORM 23-2-2002) o sin relación –o relación contradictoria- entre plaza y titulación: así, para acceder a una plaza de técnico superior del museo de arte moderno, el requerimiento al trabajador fijo de ostentar la licenciatura en filosofía y letras especialidad historia antigua (Diputación Provincial de Tarragona, BOP de Tarragona 14-4-1999).

determinada antigüedad, formación no reglada u otros criterios, si bien por un criterio de justicia material en relación a los funcionarios, entendemos que debería poderse convalidar en el supuesto de promoción del grupo D al C como laboral si se acreditan los mismos requisitos que los que dispone la DA 22ª de la LMRFP para los funcionarios.

b) como segundo supuesto –nada extraño si el acceso como laboral sucedió en un momento ya alejado en el tiempo- cuando el contenido del puesto a desarrollar, funcionalmente considerado, ha evolucionado hasta el punto que aquella titulación en su momento requerida como laboral no existe o no es la oportuna⁴⁰; en éste último caso tampoco parece que sea posible la participación el proceso, pero si deberían habilitarse fórmulas, a través de una previsión legal, que permitieran el acceso a la condición de funcionario en Cuerpos o Escalas declaradas *a extinguir*⁴¹, reputándose a nuestro juicio ilegales algunas previsiones que integran con un carácter de provisionalidad al funcionario en tal situación de *a extinguir* y validan la posterior integración en el Cuerpo o Escala normal si se obtiene la titulación requerida durante un período de tiempo previamente determinado; en este supuesto se está instituyendo el acceso directo a la condición de funcionario en un Cuerpo o Escala para el cual no se llevo a cabo la inicial convocatoria de funcionarización⁴².

⁴⁰ Los Tribunales han reconocido a la Administración la facultad de no vincularse a la normativa pasada en estos supuestos. El estatus funcional, excepción hecha del derecho a la función y a la retribución será el que se derive en cada momento de la norma, por lo que es intrascendente en un momento dado cuáles fueron los títulos o diplomas exigidos en la normativa pretérita (STS 15-7-1994). Ejemplos de previsión en un sentido que puede abarcar el supuesto referido lo encontramos, p.ej., en la funcionarización de los OOAA del Ayuntamiento de Cartagena, que exige la titulación requerida en el art.25 de la LMRFP, “*salvo que la naturaleza y características de la actividad desarrollada o una disposición legal exijan ineludiblemente estar en posesión de una titulación específica...*” (BORM 17-4-2001); en idéntico sentido, la funcionarización de la Universidad de Murcia (BORM 6-9-2002).

⁴¹ Algunas convocatorias han suplido tal previsión legal por la vía de los hechos permitiendo la participación de aquellos trabajadores que carecen de titulación pero sí poseen la que se exigió en su momento para acceder al puesto que ocupan (funcionarización del Ayuntamiento de León, BOCyL 4-7-2002, y de Valencia de Don Juan-León, BOCyL 20-9-2002) o en el primer texto reglamentario regulador de la funcionarización en Murcia, ya derogado (Decreto 102/1991 de 7 de noviembre), que integraba el funcionario en “*grupo correspondiente de funcionarios como Escala a extinguir...*” (art.6)..

⁴² En el derogado Decreto 102/1991 de 7 de noviembre de la Región de Murcia, se concedía un período *de gracia* de cinco años durante el cual el trabajador funcionarizado sin titulación, incorporado en la Escala a extinguir, se integraba posteriormente cuando obtuviera el título en el Cuerpo, Escala, opción y especialidad a que fue equiparado el puesto ocupado.

c) finalmente, cuando por razones legales, se requiere ostentar determinada titulación para ejercer plenamente las funciones derivadas del puesto o plaza. Con carácter general, tal circunstancia obliga a la no dispensa en ningún caso de la posesión de la titulación, reputándose a nuestro ilegales las convalidaciones que en el proceso de funcionarización puedan establecerse⁴³.

En los restantes supuestos, debiera ser posible su acceso al Cuerpo o Escala funcional y, en todo caso, aplicar la doctrina legal fijada en la STS 5-3-2002, que para los procesos de funcionarización tendría el siguiente alcance: la exigencia de titulación en los casos en que la exigida en su momento fue inferior o distinta a la actual requiere ser interpretada, a la luz del art.25 de la LMRFP, de forma “*finalista*” y “*sistemática*”, incorporando a los laborales en escalas a extinguir: “*dentro de una misma Administración Pública, los funcionarios pertenecientes a un mismo Cuerpo, Escala, clase o categoría pueden pertenecer a distintos grupos funcionariales, de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso, si esa titulación ha experimentado una variación en la normativa dictada después de ese ingreso, pudiendo los antiguos encontrarse en situación de a extinguir en el Cuerpo, clase, escala o categoría*”⁴⁴.

En cualquier caso, y como conclusión, entendemos contrarias a la legalidad todas aquellas prácticas que permiten al trabajador sin titulación optar a cuerpos o escalas inferiores, en función de su titulación, porque se desvirtúa el procedimiento de funcionarización en cuanto a su finalidad y también introduce una clara desorganización en la entidad pública⁴⁵.

⁴³ Supuesto de ilegalidad que, entre otros, entendemos incurre la normativa de la Generalitat, aprobada por Ley 24/2002 de 18 de noviembre sobre creación de la especialidad de educación social en el Cuerpo de Diplomados. La titulación requerida, por imperativo legal, para acceder al Cuerpo es la de Diplomado en Educación Social u otro título homologado con aquel primero (art.2). Sin embargo, para la funcionarización – e incluso para la estabilización de los interinos funcionarios y laborales- se permite acceder con titulación homologa a la referida de Educación Social “*u otra diplomatura o licenciatura*” (art.6.2).

⁴⁴ Recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Diputación Provincial de Sevilla contra la STSJ Andalucía/Sevilla 22-12-1998, y resuelta por STS 5-3-2002.

⁴⁵ En la funcionarización del personal laboral de la Universidad de Zaragoza (Resolución de 10-4-2003, BOA 25-4-2003), se permite una máxima movilidad en este sentido, incluso para puestos del grupo A, cuyos titulares carezcan de titulación, lo que da pie a que “*la funcionarización se efectuará al grupo inferior de*

III.3.- Nacionalidad.

El requisito de nacionalidad es otro de los aspectos a tratar por cuanto pueden producirse disfunciones entre la nacionalidad requerida para acceder a la condición de funcionario y la que pueda ostentar el trabajador. El problema se originará, en todo caso, cuando el puesto de trabajo que aquél ocupa como laboral es adscrito, en la nueva RPT, a funcionario, y que en el proceso de funcionarización se requiriera la nacionalidad española; en segundo término, también podría darse un supuesto que siempre acontecerá si la funcionarización afecta a un puesto que ocupe un trabajador no comunitario, aunque el nuevo puesto de funcionario no se reserve a españoles.

Tradicionalmente, la legislación española –como así en el resto de países de nuestro entorno- ha reservado a los nacionales el acceso al empleo público, y en el caso español, incrementado por las condiciones políticas del régimen anterior, era especialmente intenso tal criterio, al exigirse para el acceso a la función pública una pertenencia a la comunidad política, necesaria como garantía de lealtad al Estado y a su seguridad e independencia nacional, de tal forma que la ciudadanía extranjera suponía la incapacitación para el desempeño de cargos, empleos y profesiones que supusieran ejercicio de funciones públicas⁴⁶. En este sentido la LFCE de 1964 –vigente formalmente en este punto- prescribía que para acceder a la condición de funcionario era preciso ser español (art.30.1.a) y tal requisito aparece mantenido en algunas normas posteriores en el tiempo, incluso tras el ingreso de España en la Unión Europea (así, art.135.a del TRRL).

En cuanto al personal laboral, debe señalarse que la posición legal no ha estado tradicionalmente tan clara. La LFCE, en su prescripción, se refería a los funcionarios en

funcionario que corresponda a cada trabajador según la titulación que posea” (art.2.1.a); en el Patronato *Flor de Maig* de la Diputación de Barcelona, según dictamen de 28-10-1998 (no publicado) se permite la funcionarización en una categoría inferior pero con un complemento personal que impida la pérdida de nivel retributivo.

⁴⁶ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág. 29.

sentido estricto⁴⁷, pero hasta la etapa democrática presente, las convocatorias de personal laboral se reservaban, salvo contadísimas excepciones, a ciudadanos españoles. Sin embargo, tras la promulgación de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, el régimen de acceso del personal laboral se flexibilizó –anticipándose a la Ley de 1993, a la que inmediatamente nos referiremos- al indicar que “*los extranjeros no podrán (...) acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad*”, lo que supuso en la práctica la incorporación de trabajadores extranjeros a puestos de laborales –sobre todo, en las Corporaciones locales y algunas Comunidades Autónomas-, en tanto que el acceso a la condición de funcionario continuó *de iure* cerrado hasta la promulgación de la Ley 17/1993 de 23 de diciembre sobre acceso a determinados sectores de la función pública de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea, modificada por Ley 55/1999⁴⁸. La nueva Ley de Extranjería aprobada en el 2000, en su redacción inicial, reguló con un carácter de práctica libertad en el acceso a todos los extranjeros a puestos laborales al señalar que tal derecho suponía poder acceder a los referidos puestos cumpliendo los principios constitucionales que se exigen a los españoles, de conformidad con las Ofertas Públicas que convoquen los entes públicos (art.10.2 de la Ley 4/2000 de 11 de enero), precepto que fue modificado a través de la Ley 8/2000 en idéntica línea en unos términos muy claros, pues autoriza a que todos los ciudadanos extranjeros residentes en España, extracomunitarios, podrán acceder en pie de igualdad a los ciudadanos de Estados miembros de la Unión, como personal laboral, reiterando el derecho a presentarse a las convocatorias públicas que lleven a cabo las Administraciones⁴⁹ (nuevo art.10.2), si bien la

⁴⁷ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “*Derecho...*” (2001), ob.cit., pág. 126. Compartimos tal criterio, a pesar de que formalmente el art.30.1. de la LFCE requiere la nacionalidad española “*para ser admitido a las pruebas selectivas al ingreso en la Administración...*”, pero su inclusión en el Capítulo II, Título III, dedicado a los funcionarios de carrera, despeja la ambivalencia de los términos empleados.

⁴⁸ El *corpus* normativo del acceso a la función pública por parte de ciudadanos no españoles lo compone inicialmente la Ley 17/1993 de 23 de diciembre, que fue reforma a través de la Ley 55/1999 de 29 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Reglamentariamente el primer texto fue el Real Decreto 800/1995 de 19 de mayo, que ha sido 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 Autónomos. Las disposiciones de la Ley tienen la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, pero no así el Real Decreto de desarrollo, lo que ha supuesto que cada Comunidad Autónoma haya aprobado sus propias normas. Entre las más recientes, el Decreto 230/2001 de 11 de octubre de la Comunidad de Madrid o Decreto 389/1996 de 2 de diciembre de la Generalitat de Cataluña. Éste último de aplicación tanto a la Comunidad autónoma, como a las Universidades públicas y a las Corporaciones locales del territorio catalán.

habilitación es más restringida en cuanto a ascendientes, descendientes o familiares, pues ellos en este caso no están incluidos, a diferencia de los ciudadanos comunitarios en que si es posible⁵⁰.

La Ley 17/1993 ha regulado, conforme a su art.1.1, el derecho de acceso de todo un conjunto de ciudadanos extranjeros, a “*todos los empleos públicos, salvo que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tienen por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas*”. Por otro lado, tras la Ley 55/1999, este derecho de acceso se abre no sólo a los referidos ciudadanos extranjeros sino también al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho, así como a sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas, así como también a los ciudadanos de aquellos terceros países ajenos a la Unión pero con los cuales ésta mantenga tratados de libre circulación de trabajadores⁵¹ (art.1.2).

Surgen, en consecuencia, dos supuestos, en cuanto a los procesos de funcionarización.

1º.- Que el puesto funcionarizado quede reservado exclusivamente a ciudadanos españoles, al amparo de cláusula de excepción que prevé el art.1.1 de la Ley 17/1993, y que hasta ese momento esté ocupado por un ciudadano extranjero, incluso comunitario.

⁴⁹ En este mismo sentido, ARROYO ABAD, Carlos: “*El personal laboral...*”, ob.cit., pág.323., para el cual cualquier extranjero “*regularizado*” puede optar a un puesto laboral en la Administración y la reserva de ese puesto a ciudadanos españoles sería una discriminación contraria al art.14 de la CE.

⁵⁰ Como ejemplo al respecto, puede mencionarse la reciente Orden de 22-12-2003 del Gobierno de Aragón que regula la selección de personal laboral fijo, que distingue entre nacionales de un estado miembros de la Unión o países a los que les es de aplicación la libre circulación de trabajadores, en donde se incorpora a todo el elenco de familiares previsto en la normativa, y el colectivo de extranjeros no nacionales de los Estados señalados y tengan residencia legal en España (BOA 29-12-2003).

⁵¹ En el momento presente, además de los nacionales de la Unión Europea, abarcaría también a los ciudadanos de Noruega e Islandia. *Vid.*, como ejemplo de convocatoria que expresamente los menciona, la funcionarización de administrativos del INEM (BOE 1-11-2002). También debieran incluirse los ciudadanos de Liechtenstein.

2º.- Que el nuevo puesto funcionarizado no se reserve, pero que el laboral que lo ocupaba no cumpla ninguna de las circunstancias de nacionalidad comunitaria o parentesco previsto en la Ley.

1º.- El primer supuesto es el de la adscripción de un puesto a funcionario con requisito de nacionalidad española, por tratarse de un puesto que implique una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y sean funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

Corresponde en este caso al Gobierno del Estado o de las Comunidades, o al de las restantes Administraciones (Pleno de las Corporaciones Locales, Universidades Públicas, etc..) establecer los Cuerpos, Escalas, clases o categorías a los que no podrán acceder los ciudadanos extranjeros. Si ésta es la opción, en el proceso de funcionarización se estaría vedando el acceso a ese Cuerpo o Escala funcional a cualquier extranjero. Sin embargo, también es posible que las Administraciones no reserven a extranjeros todo el Cuerpo o Escala, sino únicamente unos puestos o plazas específicos (art.1.3 Ley 17/1993), lo que es mucho más factible que pueda ocurrir en un proceso de funcionarización, con lo que el ciudadano laboral extranjero comunitario podría acceder teóricamente al proceso o no hacerlo en función del puesto específico que ocupe. Tal proceso de determinación se llevará a cabo a través de las RPT, catálogos o plantillas (art.5.2 del Real Decreto 543/2001, para la Administración del Estado o art.2.2 del Decreto 389/1996, para las Administraciones catalanas).

En este supuesto, la dificultad partirá de las razones por las cuales la Administración entiende que aquél Cuerpo, Escala, clase o categoría o, lo que es más posible, aquel específico puesto o plaza, cumple las exigencias del art.1.1 de la Ley 17/1993 para ser reservado a funcionarios españoles, cuando en el momento de funcionarizar hay uno o diversos empleados que ostentan una ciudadanía extranjera, comunitaria o no.

En el primer caso, en el ámbito estatal o autonómico la decisión se habrá tomado a través de una norma reglamentaria⁵², siendo por tanto una situación insalvable. La participación en el proceso de funcionarización no será posible para el trabajador extranjero, que deberá permanecer en su condición de laboral, con las garantías de estabilidad que la ley reconoce, aunque tal conclusión suponga, jurídicamente, un contrasentido.

En el segundo caso, se tratara por lo común de Cuerpos o Escalas que no requieren la reserva de nacionalidad pero que en determinados puestos o plaza si se prevé. Como ya hemos señalado en el capítulo correspondiente, aunque en numerosos casos la funcionarización abarca a todo el Cuerpo o Escala, *strictu sensu* el proceso requiere la adscripción de tal o cual puesto a la condición de funcionario, de conformidad con la DT 15ª de la LMRFP, por lo que el proceso de funcionarización requerirá un *iter* muy específico: puesto laboral ocupado por extranjero, atribución de tal puesto (individualmente o con todos los de su categoría o grupo profesional, que pasarán a formar parte de un nuevo o antiguo Cuerpo o Escala) a funcionario e inicio del proceso correspondiente. Nos parece que la hipótesis planteada impide igualmente la funcionarización del trabajador, pero dado que no se trata de un impedimento absoluto (la reserva de nacionalidad recae sobre un puesto pero no sobre todo el Cuerpo o Escala), una gestión adecuada de los recursos humanos debiera permitir el acceso del trabajador a otro puesto funcionarizado que no requiera la nacionalidad española, lo cual puede articularse a través de las facultades de movilidad que la normativa laboral reconoce a la Administración, antes del inicio del proceso, pasando aquél trabajador a ocupar un puesto no afectado por tal reserva. De no concretarse así, la funcionarización tampoco sería posible.

Por último, debemos plantear la funcionarización de un puesto, aún no reservado a españoles, ocupado hasta ese momento por un ciudadano que no cumple ninguno de los requisitos de nacionalidad habilitantes que prevé el art.1 de la Ley 17/1993. Se tratara de un ciudadano no comunitario o ajeno a los países que mantienen tratados con la Unión y que,

⁵² En el ámbito estatal, aparecen descritas en el Anexo del Real Decreto 543/2001.

al amparo de la legislación de extranjería podían y pueden perfectamente acceder a un puesto laboral en los entes públicos.

La respuesta es negativa también, pues ningún extranjero que no ostente la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o con tratados internacionales habilitantes puede ser funcionario de carrera o interino en España⁵³.

En cuanto a la aplicación práctica, las convocatorias de funcionarización mantienen un contenido muy similar a las convocatorias de acceso general, tanto en la esfera estatal, como autonómica y local. Así, la Administración del Estado y de la Generalitat de Cataluña se han adaptado a la legislación promulgada en 1993 y su desarrollo y modificación posterior, en tanto que en las Corporaciones locales se acredita una resistencia a la apertura a ciudadanos no españoles, incluso para puestos claramente disponibles. El esquema comprendería las siguientes características:

- el requisito de nacionalidad española se mantiene en las convocatorias de funcionarización de la Administración del Estado y Seguridad Social y de las Universidades Públicas hasta el año 1995, siendo éstas últimas las que asumen la nueva normativa en un primer momento si bien de manera muy tímida⁵⁴ y manteniéndose el mencionado rigor en el requisito durante los años siguientes prácticamente hasta finales de 1998 en el caso de la Universidades en que lo aceptan con un cierto carácter general y a lo largo de 1999 se incorpora a las convocatorias estatales⁵⁵. Ello no obsta a que continúen publicándose convocatorias en fechas posteriores en donde el requisito de nacionalidad española es imprescindible para plazas o puestos en donde según la legislación deberían

⁵³ Con rotundidad, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: "*Derecho...*", ob.cit., págs.128-129.

⁵⁴ Funcionarización de las plazas de Ayudantes de Archivos, Bibliotecas y Museos de la Universidad Autónoma de Madrid (BOE 6-7-1995) y de 7 Administrativos de la misma Universidad (BOE 31-10-1995). Las restantes convocatorias consultadas de la Administración del Estado, Seguridad Social y Universidades Públicas del año 1995 continuaron exigiendo el requisito de nacionalidad española.

⁵⁵ De nuestro análisis, sería la convocatoria de funcionarización seis plazas de profesores técnicos de Formación Profesional del Ministerio de Educación y ciencia (BOE 28-5-1999) la primera de las que incorporaría la nueva legislación.

darse una apertura a ciudadanos no españoles⁵⁶ o también –las menos- convocatorias en donde no se establece ningún requisito de nacionalidad, obviándose cualquier referencia a la misma⁵⁷.

- en cuanto a las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales, debe distinguirse entre las primeras, en donde paulatinamente las convocatorias han ido incorporando la legislación de estas últimas, en donde el resultado es muy variopinto, según el siguiente esquema de posiciones adoptadas:

- a) ninguna referencia a la cuestión de la nacionalidad, incluso para puestos claramente abiertos a ciudadanos de otros países⁵⁸, circunstancia que en todo caso se reproduce mayoritariamente en las convocatorias consultadas, tanto en el ámbito autonómico como local y con la cual, a nuestro juicio, se obvia la problemática que hemos anteriormente descrito, permitiéndose la participación a quien ocupa el puesto como trabajador fijo con independencia de si el requisito de nacionalidad española procede o no.
- b) incorporación de la legislación sobre libertad de acceso, para puestos indiscutiblemente abiertos⁵⁹ pero también para otros en donde la restricción sería posible o cuanto menos dudosa⁶⁰.

⁵⁶ Funcionarización de las Escalas de Auxiliares de Biblioteca, Ayudantes de Archivo y Técnicos Auxiliares de Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid (BOE 24-4-2001); convocatoria de acceso a la Escala Auxiliar técnica de OOAA del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 21-7-2000)

⁵⁷ Funcionarización del personal laboral del Organismo Correos y Telégrafos (BOE 16-4-1997); funcionarización de la Escala de Delineantes de los OOAA del Ministerio de Medio Ambiente (BOE 12-1-2000 y 18-3-2000) o del Ministerio de Ciencia y Tecnología (BOE 30-5-2001); convocatoria de funcionarización de auxiliares administrativos de la Universidad Autónoma de Barcelona (DOGC 1-3-2000).

⁵⁸ Funcionarización de las plazas de Limpiadora (*sic*) del Ayuntamiento de Lorca (BORM 4-2-2003) y plazas de economista, graduado social, auxiliares administrativos y programadores de informática del mismo Ayuntamiento (BORM 12-10-2002) y categorías similares del Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002); plantilla de personal laboral de la Diputación de Salamanca (BOCyL 12-7-2002) profesores de enseñanza secundaria de la Xunta de Galicia (DOG 2-9-2002); funcionarización de la plantilla laboral de auxiliares administrativos y administrativos de la Generalitat de Cataluña (DOGC 17-9-2002); convocatorias para la funcionarización general de la plantilla de la Comunidad de La Rioja (BOLRi 30-6-2001).

⁵⁹ Convocatoria de las plazas de cocinero jefe y cocineros, ordenanzas y similares de la Diputación de Cuenca (BOP de Cuenca 14-12-2001); funcionarización de los puestos de trabajador social o jefe de grupo de oficios del Ayuntamiento de Calahorra (BOLRi 23-1-2003);

- c) Restricción a puestos de lógica limitación⁶¹, pero también a otros en donde no hay amparo legal para hacerlo⁶².

III.4.- Ausencia de enfermedad o defecto físico.

Está previsión aparece prevista en la LFCE y en la legislación autonómica, aunque no idénticos términos⁶³.

Concretamente, el art.30.1.d) de la LFCE exige que para poder ser admitido a las pruebas selectivas el aspirante no padezca enfermedad o defecto físico que le impidan el desempeño de las funciones correspondientes al Cuerpo o Escala al que pretende ingresar. En otras legislaciones los términos son más ambivalentes, pero puede acogerse el supuesto sin mayor dificultad, como es el caso de Cataluña que genéricamente exige cumplir los requisitos para el ejercicio de las funciones que dentro del Cuerpo o Escala puedan

⁶⁰ Es el caso del proceso general de funcionarización llevado a cabo por la Comunidad de les Illes Balears, al permitir el acceso a ciudadanos no españoles para puestos de que, en algunos casos, podría darse el supuesto de restricción, como es el Cuerpo Superior y el Cuerpo de Gestión (BOIB 30-10-2001); también la funcionarización de determinados puestos de jefatura para economistas o titulados superiores de la Diputación de Cuenca (BOP de Cuenca 14-8-2002); el proceso de funcionarización de todos los Cuerpos Especiales de la Generalitat de Cataluña llevada a cabo durante el año 2001 incorporó el acceso a ciudadanos extranjeros (ingenieros, ingenieros técnicos industriales, arquitectos superiores y arquitectos técnicos, titulados de salud pública, DOGC 6-7-2001); también para arquitectos, convocatoria del Ayuntamiento de Godella (BOP de Valencia 15-3-2003).

⁶¹ Convocatoria de una plaza de Inspector de Consumo del Ayuntamiento de Calahorra (BOLRi 24-11-2001).

⁶² Funcionarización de plazas de limpieza y de operarios del Ayuntamiento de Moratalla (BORM 3-12-2002); convocatoria para la cobertura de plazas de auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Benatae (BOP de Jaén 30-10-2002), plazas de oficial fontanero (BOLRi 26-6-2001) y de subalterno (BOLRi 27-11-2001) del Ayuntamiento de Calahorra; plazas de operario, animador cultural, auxiliares administrativos y trabajadores sociales del Ayuntamiento de Lorquí (BORM 15-3-2003). El Decreto 1499/2003 de 22 de abril de la Comunidad de Ceuta alcanza a exigir la nacionalidad española para funcionarizar puestos laborales de albañil, camarero, cocinero, peón, sereno u ordenanza de tanatorio (BO de la Ciudad de Ceuta 25-4-2003).

⁶³ El requisito, formulado en tales términos, fue modificado en el ya decaído anteproyecto de EBFP de 1998, al sustituirse la redacción de la LFCE por la necesidad de ostentar “*capacidad funcional necesaria para el desempeño de las tareas habituales del Cuerpo o Escala correspondiente...*”, expresión que mereció el calificativo por parte de la doctrina de “*tan políticamente correcta como equivoca a primera vista*”, por cuanto la capacidad funcional podría venir referida no tan sólo a la aptitud física sino también a la capacidad necesaria para el desempeño de las funciones asignadas al Cuerpo o Escala funcional (FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel: “*Selección...*”, ob.cit., pág.193).

encomendarse al funcionario (art.33.d LFP Cataluña; en términos equivalentes el art.30 de la LFP Galicia). En otros casos, la legislación intenta evitar algún posible problema interpretativo e incluye, junto a la enfermedad y el defecto físico, el defecto psíquico (art.25.c LFP La Rioja), en tanto que pueden localizarse normas que se expresan en términos más parcos, como la legislación navarra, que únicamente se refiere a la capacidad física necesaria (art.7.c del EPAN).

Siempre en el derecho español de la función pública la enfermedad o los defectos físicos han sido considerados como causa natural de incapacidad, al no poder ser sujeto de una relación funcional aquella persona que no es capaz de expresar su voluntad o cuyo estado físico no le permita desempeñar un servicio público⁶⁴.

En cualquier caso, este requisito es también exigido al personal laboral que opte a la funcionarización –y así es acogido de manera reiterada y acrítica por la práctica totalidad de las bases y convocatorias consultadas-, pero entendemos que tal requisito debe ser estudiado desde una óptica distinta, por cuanto éste no puede ser analizado sin obviar dos circunstancias: en primer lugar, que el aspirante ya ostenta la condición de trabajador de la Administración y, en segundo término, la coherencia del referido requisito con la normativa de acceso al empleo público para personas discapacitadas. Sistemáticamente analizaremos el segundo y, luego, la primera circunstancia, por ser más adecuado a nuestra exposición.

En cuanto a la segunda cuestión, la legislación que regula el ingreso en la Administración de personas con discapacidades es aplicable plenamente en los procesos de funcionarización. En consecuencia, el derecho a ser admitido en igualdad de condiciones con los demás aspirantes –art.19 del RGI, para el ámbito estatal- les será de aplicación y, más específicamente, de la convocatoria no podrán ser excluidos en base a limitaciones psíquicas o físicas que no les impidan el ejercicio suficiente y autónomo de las funciones y

⁶⁴ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.38.

tareas asignadas al puesto de trabajo, y gozarán del derecho de que en las pruebas selectivas se establezcan para ellos las adaptaciones posibles de tiempo y medios para su realización.

Cuestión distinta, pero irrelevante a nuestro juicio, es la referida al turno de plazas reservadas a minusválidos (DA 19ª de la LMRFP⁶⁵), por cuanto al ser la funcionarización ya de por sí un proceso restringido al cual optan exclusivamente aquellos trabajadores cuya plaza ha sido reconvertida a funcionarial, quiebran las razones que justifican tal turno para el acceso libre, pues no existirá la competencia entre personal discapacitado o no⁶⁶.

Efectuadas estas consideraciones, es necesario sin embargo plantear si la exigencia legal de capacidad –o de discapacidad, con los requisitos previstos en la ley- es de plena aplicación al proceso de funcionarización. Entendemos que la respuesta es básicamente negativa, hasta el punto de que podrá participar una persona plenamente capaz o una discapacitada tal como hemos señalado anteriormente, pero así mismo, creemos que existe una base jurídica cierta que impediría excluir a un trabajador de la Administración de la referida participación, en base a una incapacidad física, psíquica o sensorial que no le permitiera el desarrollo suficiente y autónomo de las funciones del Cuerpo, Escala, clase y categoría, o, incluso, del puesto que ocupa⁶⁷.

⁶⁵ El redactado inicial de la mencionada DA fue dado por la Ley 23/1988 de 28 de julio y recientemente reformado por Ley 53/2003 de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados.

⁶⁶ Ello, además, se coherente con el rechazo que hemos manifestado a que las plazas del proceso de funcionarización se incorporen a la Oferta de Empleo Público, tal como señalamos en el capítulo primero de esta segunda parte. Téngase en cuenta, al respecto, que la LMRFP, tanto en su redactado dado por Ley 23/1988 de 28 de julio incorporando la DA 19ª, como la nueva previsión modificativa efectuada por Ley 53/2003 de 10 de diciembre sobre empleo público de discapacitados, obliga a la reserva de un cupo no inferior al cinco por ciento de las vacantes –con la Ley 23/1988, era del tres por ciento- en todas las Ofertas de Empleo Público, a fin de alcanzar progresivamente el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración del Estado (el precepto no tiene el carácter de norma básica). Es evidente, pues, que el objetivo de la norma no guarda ninguna relación con el proceso de funcionarización, en el que no es posible reservar plazas a discapacitados habida cuenta la lógica que lo justifica.

⁶⁷ Hay que tener en cuenta, en las reflexiones que plantearemos, que si bien la mayoría de las convocatorias prevén la dicción literal del requisito según la legislación de función pública, algunas incluso establecen un reconocimiento médico, pudiendo declararse “no aptos” a trabajadores que están desempeñando el puesto de laboral funcionarizado. *Vid.*, al respecto, entre otras, la convocatoria de funcionarización de 33 plazas de auxiliares postales de clasificación y reparto o las 1023 plazas de agentes titulares de enlace rural, agente de clasificación y reparto y agente titular de oficina del por entonces Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos (BOE 16-4-1997).

Nuestro parecer se fundamenta precisamente en la dicción literal de la DT 15ª de la LMRFP y en las consideraciones que tuvimos ocasión de formular en el capítulo correspondiente al ámbito subjetivo del proceso de funcionarización.

En este sentido, creemos que la exigencia de la referida capacidad es requerible por parte de la Administración en el momento en que el aspirante ingresa *ex novo* al servicio de la entidad convocante o cuando promociona a un grupo, cuerpo o escala superior. Tal exigencia se predica en el personal funcionario, pero también en el personal laboral, como así establece el art.34 del Reglamento General de Ingreso. Pero en el proceso de funcionarización no se da ninguna de ambas circunstancias, sino que el aspirante ostenta, previamente, una condición –la de trabajador- que le habilita a participar en un proceso restringido.

En consecuencia, la respuesta al conflicto debe buscarse en una interpretación de tal exigencia en congruencia con la finalidad de la DT 15ª de la LMRFP. Así, aunque la norma requiera estar en posesión de la titulación necesaria y de los restantes requisitos exigidos, también expresa que los aspirantes que participen son aquellos que ostentan la condición de personal laboral fijo que se hallaren prestando servicios y aquellos otros que de conformidad al art.45.1 y 48 del ET tienen su vínculo laboral en situación de suspensión con reserva de puesto. Como hemos tenido ocasión de estudiar en el capítulo segundo de esta misma segunda parte de nuestra tesis, entre estos supuestos se cuentan diversos que en mayor o menor grado implican la falta de capacidad del trabajador; en unos casos es una incapacidad menor y circunstancial, limitada en el tiempo –la incapacidad temporal por enfermedad común o profesional o accidente laboral o no profesional, que puede ser de unos pocos días o un período más extenso, incluso de hasta treinta meses –como tendremos ocasión de plantear, pero también el supuesto de trabajadores con incapacidades declaradas, en diferentes grados. Es preciso pues, un análisis en detalle de la casuística, partiendo de la consideración, a nuestro juicio de que, si con carácter general se entiende que el operador jurídico debe ser restrictivo a la hora de establecer expresamente incapacidades para el acceso a la función pública y con igual criterio restrictivo interpretar su aplicación⁶⁸, en el

⁶⁸ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.39.

ámbito de la funcionarización, tal criterio debe extremarse, habida cuenta que el candidato al proceso ya ostenta la condición de laboral fijo y la ley le otorga un *plus* y una garantía de indemnidad en su participación.

En primer lugar, entendemos que el trabajador en situación de incapacidad temporal puede participar en el proceso de funcionarización. Definimos como tal aquella situación en la que el trabajador fijo sufre una alteración de la salud que le impide desarrollar la prestación laboral y necesita asistencia sanitaria; esta imposibilidad de trabajar es meramente transitoria (art.128 de la LGSS). La situación de incapacidad temporal puede derivarse de una enfermedad común o profesional o de accidente, de trabajo o no. La duración máxima de esta situación es de doce meses, prorrogables por otros seis, con un total máximo de dieciocho meses, cuando se presume que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación, computándose a los efectos de estos plazos las recaídas y los períodos de observación (art.128.2 LGSS), si bien en el caso de los períodos de observación de enfermedad profesional en que se prescriba la baja médica la duración será de seis meses, prorrogables por seis meses más si se estima necesario.

Evidentemente, *prima facie* la incapacidad temporal supone una enfermedad o limitación física o psíquica que hace incompatible al trabajador con el desempeño de las funciones del puesto funcionarizado, pero tal incompatibilidad es transitoria, aunque pueda ser prolongada en el tiempo. El precepto debe ser cohonestado con la DT 15ª de la LMRFP o sus equivalentes autonómicos, y posibilitar la participación del trabajador en situación de incapacidad temporal, por cuanto ésta es una situación que implica suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto y está amparada, consecuentemente, por la propia DT 15ª.

La misma conclusión mantenemos para la situación hipotéticamente factible una vez transcurrido el citado período. Finalizado el referido período máximo de dieciocho meses de suspensión contractual por Incapacidad Temporal, puede acaecer el alta del incapacitado y su retorno al trabajo, con lo que finaliza la situación de suspensión contractual, o el alta con informe-propuesta de incapacidad; en este último supuesto, la LGSS establece que procede examinar el estado del incapacitado a los efectos de calificar el grado de su posible

incapacidad permanente, que deberá realizarse en el plazo máximo de tres meses. Este período de calificación no debe obstar para la misma tesis que mantenemos para la situación de Incapacidad temporal, como idéntico criterio sostenemos también cuando agotado el plazo máximo continúa la necesidad de tratamiento médico y la situación del enfermo aconseja demorar su calificación como inválido, por cuanto se estima que hay posibilidades ciertamente reales de recuperación para la vida profesional. Esta circunstancia permite retrasar el período de calificación de incapacidad permanente por el tiempo preciso, sin que se rebase los treinta meses siguientes a la fecha en que se inició la incapacidad temporal (es decir, es factible prolongar los iniciales dieciocho meses doce meses más).

Obviamente, idéntico argumento sostenemos para el supuesto de que el trabajador esté en situación de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, que supone en todo caso períodos de tiempo inferiores a los anteriormente expuestos y no da pie a excesiva complejidad, y así mismo en los supuestos en que le haya sido declarada una lesión permanente no invalidante, por cuanto al amparo de los arts.150 a 153 de la LGSS tales lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo causadas por accidente de trabajo y enfermedades profesionales que implican una disminución o alteración de la integridad física del trabajador en función de un baremo reglamentariamente aprobado, no llegan a constituir una situación de incapacidad permanente, a la que luego nos referiremos, y aunque dándose una pérdida anatómica o de integridad, nada afecta a la capacidad de trabajo.

Mayor dificultad acontece cuando el trabajador incurre en una declaración de incapacidad permanente, en alguno de sus grados. Se entiende por tal aquella situación en donde el trabajador, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas que disminuyen o anulan su capacidad laboral, aunque sea posible su recuperación (art.134.1 de la LGSS). Partimos de tal concepto de la normativa de Seguridad Social porque, no hemos de olvidarlo, se trata de un trabajador fijo que puede optar o no al proceso de funcionarización, condición de funcionario que podrá ser en el Régimen General de la Seguridad Social (Administraciones

autonómicas y locales) o en el de clases pasivas (Administración del Estado), pero que no desvirtúa tal consideración primera.

La incapacidad permanente no es única, sino que se mide por su repercusión en la capacidad laboral, y ésta última puede estar referida a la profesión habitual del trabajador a funcionarizar o a cualquier clase de actividad profesional o trabajo, o ambos criterios interrelacionados. Todos los grados de incapacidad se miden por criterios profesionales, excepto la gran invalidez que lo es según criterios de vida cotidiana. Estos son la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual (art.137.3 LGSS), la incapacidad permanente total para la profesión habitual (art.137.4 LGSS), la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo (art.137.5 LGSS) y la gran invalidez (art.137.6 LGSS).

En consecuencia, parece necesario definir la referida profesión habitual, pese a que la literalidad de los términos no casa con la normativa de función pública. Desde la perspectiva de Seguridad Social, tras la promulgación de la Ley 24/1997 de 15 de julio de consolidación y racionalización del sistema, es profesión habitual la que ejercía el trabajador, o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada. No obstante, el régimen actual mantiene la transitoriedad hasta que no se aprueben las normas de desarrollo de esta regulación, de tal manera que persiste una diferenciación entre que la invalidez derive de accidente o enfermedad. En el supuesto de enfermedad, ya sea común o profesional, se entiende por profesión habitual aquella a la que el trabajador dedicaba su actividad fundamental durante el período de doce meses anteriores a la fecha en que se hubiera iniciado la incapacidad temporal de la que se derive la invalidez; en el caso de accidente laboral o común, será la desempeñada normalmente por el trabajador al tiempo de sufrir tal accidente (arts.137.2 de la LGSS y art.112 de la O.M.de 15-4-1969).

Nos parece razonable y coherente entender que la prescripción que efectúa la normativa de función pública, al regular el acceso, aunque formulada en términos no coincidentes, aplique la misma lógica, especialmente en los procesos de funcionarización. Una interpretación de la capacidad diferente según la norma laboral y la administrativa supondría un resultado incoherente. Por tanto, cualquier enfermedad o defecto físico no

condicionan el ingreso en la función pública, sino aquellos que, según su tipología y gravedad, impidan el desempeño de las funciones propias de la plaza o puesto, lo que implicará que unas lesiones o enfermedades incapacitaran para una determinada plaza o puesto y no para otros⁶⁹. En consecuencia, a nuestro juicio, el requisito de capacidad que prevé la ley de función pública y que se reproduce en las bases reguladoras del proceso de funcionarización debe ir referido exclusivamente al puesto de trabajo a que se aspira –ni tan siquiera a las condiciones requeridas para el genérico Cuerpo o Escala- de tal manera que si el trabajador no ha sido declarado incapacitado para ese concreto puesto, tendrá perfecto derecho a participar en el proceso. Más complejo es determinar si un trabajador que esté incurso formalmente en algunas de las incapacidades que prevé el sistema podrá o no participar en la funcionarización.

Un trabajador declarado en situación de incapacidad permanente parcial debe poder participar en el proceso de funcionarización. Tal incapacidad ocasiona al trabajador una disminución superior al 33 por 100 en su rendimiento normal para su profesión habitual, pero no le impide la realización de las tareas fundamentales de aquélla. La declaración de esta incapacidad implica una indemnización en forma de cantidad a tanto alzado (art.139.1 de la LGSS), pero no supone el cese en la relación laboral.

Respuesta diferente merecen las otras modalidades de incapacidad. La permanente total es la que inhabilita para la realización de las tareas fundamentales de su profesión, aunque pueda dedicarse a otra distinta; la incapacidad permanente absoluta es la que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio, en tanto que la gran invalidez supone la anterior más la necesidad de asistencia personal de un tercero para los actos más esenciales de la vida. En todas ellas, el trabajador tiene derecho a una pensión vitalicia y supone el cese en su profesión habitual.

Dos son las circunstancias específicas que pueden darse en el proceso de funcionarización:

⁶⁹ PÉREZ LUQUE, Antonio: “*La selección...*”, ob.cit., pág.294.

a) que la participación en el proceso se plantee por parte de una persona con incapacidad permanente total. En este caso, la funcionarización no lo será en relación al puesto de trabajo que ocupaba y del cual se declaró la incapacidad, sino de otro puesto de la misma Administración que suponga un trabajo diferente de aquel para el que fue declarado incapaz (art.141.1 de la LGSS). En este caso, podrá participar si ocupa uno de estos nuevos puestos –si queda adscrito a régimen funcional- pero no en el originario.

b) especial complejidad implica la participación de los trabajadores que estén afectados por la previsión del art.48.2 del ET. El precepto prevé que para aquellos trabajadores que hayan sido declarados en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, absoluta para todo trabajo o gran invalidez pero que según el órgano calificador de su situación ésta pueda experimentar una mejoría, no se romperá el vínculo laboral sino que *“subsistirá la suspensión de la relación laboral, con reserva del puesto de trabajo, durante un período de dos años a contar desde la fecha de la resolución por la que se declare la invalidez permanente”*.

Creemos que es más que evidente que el legislador estatal y autonómico, al redactar la DT 15ª de la LMRFP o sus equivalentes, no tenía presente tal posibilidad, que supone en la práctica una clarísima colisión entre la prescripción de que el aspirante a funcionario no padezca enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones y la posibilidad de que los trabajadores en situación de suspensión contractual con reserva de puesto pueden participar en el proceso funcionarizador. A nuestro juicio, a pesar de la incoherencia organizativa que ello implica, entendemos que debe prevalecer la norma especial de la DT 15ª que no distingue entre causas de suspensión y el propio art.48.2 del ET que expresamente se refiere a la no ruptura del vínculo laboral en esos casos y sí la pervivencia del mismo a través de la fórmula de suspensión con reserva de puesto. Tesis que mantenemos y que supone que tales trabajadores deben ser aceptados en su participación en el proceso de funcionarización de la plaza que ocupaban antes de la declaración de incapacidad.

Cuestión diferente es si esta circunstancia física, psíquica o sensorial es distinta a la que ha dado lugar al proceso de incapacidad. En este caso la respuesta no puede ser la misma, pues una interpretación habilitadora supondría que, al amparo de un proceso de funcionarización, accede a la función un ciudadano con una incapacidad que en modo alguno le permitiría tal acceso en otra circunstancia, hallándonos en este caso ante un posible fraude de ley. Naturalmente, debe tratarse de una incapacidad que inhabilite para el ejercicio adecuado de las funciones del Cuerpo o Escala funcionarial, pues si no es así la participación sería perfectamente posible.

El análisis de las convocatorias consultadas aporta prácticamente nula reflexión sobre la cuestión, no habiéndose planteado en ellas la conflictividad jurídica que subyace ni tampoco la necesaria adaptación que doctrinalmente se ha defendido de esas bases a los elementos personales de los candidatos y de las funciones que pueden ejercer⁷⁰. Así, una mayoría de convocatorias –sin casi excepciones en el caso de la Administración del Estado, Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Universidades Públicas- reproduce tal exigencia acríticamente, en tanto que otras –en número no pequeño en el caso de las Corporaciones locales- simplemente obvian el requisito en la misma línea a otros ya estudiados o bien se pronuncian en términos tan imprecisos que el vacío debe resolverse aplicando la normativa general⁷¹. Por el contrario, es de destacar que un número muy reducido de Administraciones sí han planteado la cuestión, siendo relevante en este sentido- por el número elevado de afectados- la opción del antiguo Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos –y alguna que otra convocatoria en el ámbito local y autonómico-, que incluye una especial referencia a la cuestión, a nuestro juicio a todas luces contraria a Derecho: las convocatorias de funcionarización incluyen una revisión médica obligatoria, incluida en el proceso selectivo de funcionarización, que puede suponer la declaración de “no apto” para el desempeño de las funciones del puesto, lo que impide la adquisición de la condición de funcionario. Tal circunstancia se articula en las bases como un requisito de los

⁷⁰ SERRANO GUIRADO, Enrique: “El régimen...”, ob.cit., pág.39.

⁷¹ Es el caso de la funcionarización de 125 plazas de auxiliares administrativos de la Universidad Politécnica de Cataluña, que requiere “no padecer ninguna enfermedad que impida ejercer normalmente las funciones correspondientes...” (DOGC 7-9-1988).

candidatos y de obligado trámite con anterioridad a la presentación de los documentos oportunos y al nombramiento.

III.5.- No haber sido separado del servicio público ni estar inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas.

Ambos requisitos aparecen previstos en el art.30.1.e) de la LFCE y en la normativa autonómica, y su interrelación con el proceso de funcionarización surge únicamente por los problemas de mantenimiento de las condiciones a lo largo de todo el proceso.

En el primer caso, el no haber sido separado del servicio, mediante expediente disciplinario, se predicará de cualquier Administración Pública, no únicamente de la que convoca la plaza funcionarizada. La separación del servicio, máxima sanción aplicable al funcionario, es una falta muy grave que implica la pérdida de la condición de funcionario de carrera, es definitiva a través de sentencia o resolución firme, sin perjuicio de la hipotética rehabilitación, que implicará la posibilidad de presentarse al proceso.

Una cierta reflexión merece efectuar en torno a la redacción literal del precepto de la LFCE, pues éste únicamente se refiere a “*separación*”, entendida como “*separación del servicio*”, circunstancia predicable del régimen funcionarial. Cabría plantearse si un trabajador, el que desea funcionarizarse, que hubiera sido despedido al amparo de la normativa laboral, tendría derecho a presentarse. También la inhabilitación conlleva dificultades interpretativas a la hora de optar a un proceso de funcionarización.

Debe señalarse, por tanto, que cuando la legislación estatal y autonómica establecen este requisito se refieren a dos supuestos diferentes: la separación del servicio a consecuencia de un expediente disciplinario y la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas debido a un proceso judicial, que merecen un análisis por separado.

III.5.1.- La participación en el proceso de funcionarización de trabajadores fijos separados del servicio por expediente disciplinario.

La LFCE establece que el derecho de participación en las pruebas funcionariales está restringido a quienes hubieran sido separados, mediante expediente disciplinario, del servicio del Estado o de las Administraciones locales (art.30.1.e), si bien deberíamos añadir también las Comunidades Autónomas y Universidades públicas aunque la norma expresamente no lo indique ni se haya reformado en ese sentido. Idéntica o similar dicción incorpora la legislación autonómica, al emplear los términos “*separación del servicio*” o “*expediente disciplinario*”, si bien incorporan una referencia a que tal circunstancia puede haber acontecido en relación a cualquier Administración Pública, y no tan sólo a la estatal y local expresada en la LFCE.

La lógica de todos estos preceptos es funcional, y de ahí que la terminología se vincule a la propia del régimen de los funcionarios, en donde la sanción máxima es la de separación del servicio, previa incoación de un expediente disciplinario. Dado que la pérdida de la condición de funcionario público puede sólo acontecer por renuncia del interesado, pérdida de la nacionalidad que habilitó para el ingreso, sentencia firme que inhabilite, jubilación, fallecimiento y, finalmente, sanción disciplinaria de separación del servicio, no es posible que nos encontremos ante otros supuestos de pérdida de tal condición con un símil en el derecho laboral, cual es el despido por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción (arts.51 y 52.c del ET), por falta de consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias (art.52.e del ET) o el despido por causas objetivas (art.52 del ET).

Por ello, en un primer término puede establecerse que la referencia legal se refiere a todas aquellas separaciones o despidos en donde haya, utilizando la terminología laboral, un incumplimiento grave y culpable del trabajador, y en ningún caso si tal despido trae causa en las causas del arts.51 y 52.c y e.

En segundo lugar, igualmente creemos que debe efectuarse una interpretación restrictiva de la previsión legal y que el despido objetivo del art.52 cuyas causas no estén incluidas en las

letras c) y e) antes mencionadas tampoco inhabilitan para participar en un proceso selectivo⁷².

Finalmente, debe estudiarse el supuesto más problemático, cuál es establecer si el despido disciplinario como personal laboral permite la participación en el proceso de funcionarización, a pesar de la dicción literal de la normativa de función pública que se refiere a separación del servicio por expediente disciplinario.

La respuesta requiere establecer previamente la razón de tal restricción. Entendemos que hay que buscarla en la posición especial que mantiene la Administración Pública, como organización encaminada a la satisfacción de unos fines públicos que requieren una especial respetabilidad de quienes mantienen un vínculo profesional –laboral o funcional- con ella, que no se exige en el ámbito de las relaciones laborales privadas, en donde un despido o inhabilitación penal no impide la nueva contratación de ese trabajador por otra empresa, o incluso la misma que extinguió el contrato⁷³.

Entendemos que tal separación engloba tanto a la separación del servicio propiamente dicha como el despido disciplinario del personal laboral⁷⁴. Los términos “*separación del servicio*” no impide que, a pesar de su origen funcional, puedan aplicarse al despido disciplinario

⁷² Nos referimos, pues, a las causas de despido objetivo de las letras a), b) y d) del art.52 del ET. El art.52.a) se refiere al despido por ineptitud del trabajador, el art.52.b) a la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo y, finalmente, el art.52.d) presupone el despido por ausencias, incluso justificadas, que superan unos determinados porcentajes de absentismo individual y del centro de trabajo al que esté adscrito el empleado.

⁷³ PÉREZ LUQUE, gráficamente, afirma que “*como esa persona ha sido expulsada de la Administración Pública, la Administración Pública no la quiere ya...*” (“*La selección...*”, ob.cit., pág.294.). Aunque referido a la inhabilitación, que luego trataremos, nos parece más rigurosa la consideración formulada por MAZA MARTÍN en el sentido de que la tradición jurídica española aboga por “*excluir de ciertos derechos, e incluso honores, a quienes, por su actuación delictiva se han hecho acreedores a la pérdida de la especial condición que, en la vida social y profesional, tuvieron por diferentes merecimientos previos o, más aún, pudieren alcanzar en un futuro; así como impedir que, desde esta situación privilegiada, puedan cometerse nuevas y futuras infracciones de semejante naturaleza...*” (MAZA MARTÍN, José M.: “*Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal*”, en AA.VV: “*Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal*”. CGPJ. Madrid, 1996, págs.148-149)

⁷⁴ En el mismo sentido, PÉREZ LUQUE, Antonio: “*La selección...*”, ob.cit., pág. 294. También podría deducirse tal planteamiento de la tesis mantenida por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José en “*Acceso y movilidad...*”, ob.cit., págs.523 y siguientes.

de trabajadores, por cuanto ellos también son separados del servicio que prestan como sujetos vinculados por un contrato de trabajo; igualmente, la razón que ampara tal previsión también lo hace cuando el despedido ha sido trabajador, por cuanto una respuesta distinta implicaría que ante una idéntica situación, al funcionario se le aplicaría tal sanción y no así al trabajador.

No obstante, tal interpretación colisiona con la no exigencia de expediente disciplinario en el derecho laboral para la sanción por faltas leves, graves y muy graves, excepto supuestos muy tasados –representantes de los trabajadores- o que así lo prevea expresamente la negociación colectiva de la entidad pública que impone la sanción, por lo que *strictu sensu* podría darse el supuesto de un despido disciplinario que no cumpliera el requisito del expediente disciplinario y, en segundo lugar, choca con el diferente tratamiento que el derecho administrativo y el derecho laboral dan a la rehabilitación para el supuesto de la separación del servicio y el despido.

En cuanto a la primera circunstancia, relativa a que el derecho no laboral no exige, salvo casos tasados, un expediente disciplinario para sancionar por faltas muy graves, entendemos que tal requisito no debe acogerse en sus estrictos términos literales, sino que a nuestros efectos, el despido disciplinario será válido y por tanto procedente si, además de las razones de fondo, se han cumplido los requisitos formales que exige la legislación laboral, esto es, la notificación escrita al trabajador en la que figuren los hechos que lo motivan y la fecha de sus efectos, el cumplimiento de los otras exigencias formales que prevea el convenio colectivo, o la tramitación del expediente contradictorio cuando el despedido sea un representante legal de los trabajadores o delegado sindical y el trámite de audiencia a los delegados sindicales si el despedido estuviera afiliado a un sindicato (art.55.1 del ET). Por el contrario, como luego tendremos ocasión de analizar, la circunstancia del despido disciplinario no puede extenderse, a través de las bases de las convocatorias, a otros supuestos de sanción, ya sea falta grave o muy grave, que no hayan implicado tal despido, previsiones que entendemos nulas de pleno derecho⁷⁵.

⁷⁵ Así, en la funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Totona se requiere no haber sido sancionado por falta muy grave o grave en los dos últimos años (BORM 3-9-2002); en el Ayuntamiento de

En cuanto al segundo aspecto, debe indicarse que la normativa no establece solución a la cuestión. Así, la normativa de función pública instituye la figura de la rehabilitación, que permite la recuperación de la condición de funcionario, con la asignación provisional de un puesto de trabajo, una tarea o una función correspondiente a su Cuerpo y Escala y también, lo que importa especialmente a nuestros efectos, la adquisición de la capacidad correspondiente para poder participar en un nuevo proceso selectivo. La cuestión se centra en dilucidar si un trabajador despedido por motivos disciplinarios declarados procedentes podrá participar en el futuro en un proceso de funcionarización de la Administración de la que fue despedido.

La jurisprudencia constitucional ha señalado que las sanciones o penas perpetuas no son válidas en nuestro ordenamiento jurídico, en base al principio de reinserción que instituye el art.25.2 de la CE. Ello supone que en el derecho de la función pública es posible la institución de la rehabilitación de los funcionarios que sean separados del servicio por sanción disciplinaria –así como también inhabilitados por condena penal firme-, lo que implica también su posibilidad de participar en nuevos procesos selectivos, habiéndose regulado tal procedimiento en el Real Decreto 2669/1998 de 11 de diciembre, pero nada al respecto se establece en el derecho laboral, básicamente como hemos señalado porque el despido disciplinario no inhabilita en modo alguno a que ese trabajador puede ser nuevamente contratado, en cualquier otra empresa pero también en la misma –circunstancia ésta última ciertamente extrañísima, pero factible- de la que fue despedido. Sin embargo, la solución jurídica que hemos aportado en el sentido de incluir a los trabajadores despedidos disciplinarios dentro de la restricción de acceso por separación del servicio a través de expediente, parece concluir que, en este caso, sí que la imposibilidad de acceso de nuevo al empleo público es perpetua, lo que nos parece claramente contrario a la CE. Al respecto, abogamos por esta doble respuesta:

- en lo que se refiere a la posible participación, en el futuro, en otro proceso selectivo para obtener la condición de funcionario o laboral, un principio de justicia material

Lorca la sanción debe haber sido por falta muy grave también los dos últimos años (entre otros, BORM 12-12-2002, 28-1-2003 y 4-2-2003)

debería permitir esa posibilidad en las mismas circunstancias que pudieran darse para un funcionario separado del servicio. Esta posibilidad debería canalizarse a través de cancelación de la sanción laboral y una rehabilitación *sui géneris* no prevista en la legislación laboral, y que podría seguir el esquema previsto para idéntico supuesto cuando el afectado es un funcionario. A nuestro juicio, podría aplicarse el símil del art.60 del ET, según el cuál las infracciones cometidas por el empresario prescriben a los tres años.

- en cuanto a la participación futura en un proceso de funcionarización, en la misma Administración que lo despidió, la respuesta nos parece negativa. La funcionarización corresponde al puesto que se ocupa, ya sea en activo o en situación de suspensión con reserva de puesto. Si la relación laboral se extinguió por despido, aquel empleado ya no mantiene la condición de trabajador fijo en la Administración, por lo que la afectación de aquél puesto que ocupó a la condición funcional no podrá repercutirle a él, sino a aquel otro trabajador que le ocupe, si así es el caso. Ello no impide que, si la Administración en el futuro aplica una figura similar a la rehabilitación de funcionarios a ese trabajador –en una extensión del instituto de la rehabilitación que, por el momento, no existe en nuestro derecho del empleo público laboral- y, de nuevo, lo incorpora como trabajador fijo, pueda participar en la funcionarización si, en hipótesis, el nuevo puesto que ocupa fuera adscrito también en el futuro a la condición funcional; se tratará, sin embargo, de un proceso de funcionarización distinto, para un puesto distinto, a aquél que se ocupaba antes del despido disciplinario.

Una particularidad exclusiva del proceso de funcionarización, y distinta a la señalada anteriormente, es la del momento temporal de participación de un trabajador despedido por causas disciplinarias o por causas objetivas que no se basen en razones empresariales⁷⁶. Tal circunstancia puede darse a partir del inicio del plazo de presentación de instancias y

⁷⁶ El planteamiento es absurdo hacerlo en torno al despido por causas empresariales (art.51 ET) o por los supuestos del art.52 ET (despido objetivo) que implica también causas empresariales (art.52.c) o falta de consignación presupuestaria (art.52.e), pues la necesidad de amortizar tal puesto de trabajo o contrato es incoherente con un proceso de funcionarización.

acontecer hasta el momento justo anterior a la toma de posesión. Ciertamente se trata de un supuesto más en que los requisitos previstos en la ley deben mantenerse por parte de los aspirantes hasta ese momento de toma de posesión, con lo que la funcionarización no podría ser posible, incluso aunque hubiera superado las pruebas selectivas; sin embargo, entendemos que la Administración debe ser cuidadosa con su actuación, tanto en el momento de declarar la relación de admitidos o excluidos como en cualquier acto posterior, pues el despido de tal empleado no necesariamente resultará procedente para la jurisdicción social. Por ello, y para evitar un perjuicio luego irreparable, entendemos que el trabajador gozará del derecho de participación, que sólo quedará quebrado ante una sentencia que declare la procedencia del despido, pues la declaración de improcedencia o nulidad darían pie a que el trabajador reingrese en la Administración –salvo en el supuesto que luego indicaremos– y, por consiguiente, pueda tomar posesión sin mayor problema como funcionario al final del *iter* selectivo; en todo caso, creemos que hay razones jurídicas suficientes para que la Administración demore la toma de posesión y juramento del nuevo funcionario hasta que la sentencia judicial sea firme, pues una respuesta diferente podría implicar que el trabajador funcionarizado obtuviera una sentencia adversa a sus intereses en un momento posterior a la citada toma de posesión y juramento.

Mayor dificultad supone el supuesto, tampoco nada inhabitual, de que a lo largo de ese período de tiempo –que puede ser ciertamente prolongado–, se declare la improcedencia del despido en primera instancia (juzgado de lo social) y la Administración ejerza el derecho de opción a favor de la indemnización y, consiguientemente, de la resolución del vínculo laboral. La norma nada establece al respecto, pero es bien cierto que el referido ciudadano no podrá ya acreditar la condición de trabajador fijo en el momento mismo de la toma de posesión. Entendemos que tal será la consecuencia, pues formalmente no podrá acreditar la condición que la ley exige y en modo alguno un proceso de funcionarización supone una merma de las facultades que la Administración ostenta para rescindir un contrato con indemnización por despido improcedente, máxime si tenemos en cuenta que una respuesta diferente supondría un resultado absurdo, cual es que un vínculo laboral roto a través de una indemnización a cargo de la Administración se transforma en un vínculo funcional *ex novo* con la misma Administración. La conclusión, sin embargo, nos parece de difícil

armonía con un principio de justicia material, aunque formalmente nos parezca la más correcta.

Las convocatorias consultadas no aportan ninguna luz a todas las cuestiones planteadas, por cuanto de manera casi mayoritaria reproducen el tenor literal de la legislación de función pública, si bien pueden localizarse convocatorias de funcionarización en donde expresamente se restringe la participación a los trabajadores despedidos laboralmente por razones disciplinarias⁷⁷ o, en términos más generales, separados de un empleo público⁷⁸. En todo caso hay que señalar que para el acceso a la condición de personal laboral fijo, las convocatorias exigen con carácter general, con los mismos términos que los señalados para los funcionarios, la no separación a causa de expediente disciplinario, del servicio de las Administraciones Públicas, por lo que la conclusión más coherente es que los términos funcionariales deben aplicarse con la lógica antes señalada, incluyendo también el despido de los laborales⁷⁹.

⁷⁷ Es un supuesto muy minoritario. Así, en las convocatorias de funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Calahorra (entre otros, plazas de asistente social –BOLRi 19-6-2001-, oficial fontanero y subalternos –BOLRi 26-6-2001-, Inspector de Consumo –BOLRi 24-11-2001- o Jefe de Grupo, trabajador social y Auxiliares Administrativos –BOLRi 23-1-2003-, entre otras.) o para la plaza de responsable de archivo del Ayuntamiento de Alfaro, BOLRi 15-3-2003.

⁷⁸ Así lo expresa la convocatoria de funcionarización de plazas de los grupos B, C y D del Ayuntamiento de Lorquí (BORM 15-3-2003).

⁷⁹ Entre otras muchas, procesos selectivos de personal laboral de la Universidad de Lleida (DOGC 2-4-2003), personal laboral fijo de nuevo acceso del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña (DOGC 21-3-2002) o del Departamento de Sanidad (DOGC 4-8-2003) o Presidencia (DOGC 29-5-2003). En los supuestos de promoción interna, este requisito aparece modulado: así, para acceder a la categoría de Técnico Superior del Ministerio para las Administraciones Públicas (BOE 15-9-2003), se presume el cumplimiento de los requisitos mencionados, pero se exige que el aspirante no esté cumpliendo sanción que lo inhabilite para participar en el proceso selectivo. En términos más generales, por cuanto se regula el régimen de acceso a la condición de trabajador fijo al servicio de la Administración autonómica aragonesa, la Orden de 22 de diciembre de 2003 del Departamento de Presidencia de la Diputación General requiere expresamente “*no estar separado por resolución de expediente disciplinario del servicio de cualquiera de las Administraciones Públicas, ni hallarse inhabilitado por sentencia judicial para el ejercicio de funciones públicas*” (art.2.1.d, BOA 26-12-2003).

III.5.2.- La participación en el proceso de funcionarización de trabajadores inhabilitados para el ejercicio de funciones públicas.

En cuanto a este requisito –el segundo de los inicialmente mencionados–, su referencia legal es el Código Penal. Este distingue entre la pena de inhabilitación absoluta (art.39.a y 41 del CP) y la pena de inhabilitación especial (art.39.b y 42 del CP), distinción importante por cuanto ésta última implica únicamente la privación del empleo o cargo público que indique la sentencia, pero no proyecta sus efectos sobre todos los cargos y funciones públicas.

Para la doctrina, la conexión que acontece en este caso entre derecho penal y derecho administrativo se aleja del ejemplo de otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como es el supuesto de Alemania, que concibe la inhabilitación como consecuencia accesoria al delito –*Nebenfolgen*⁸⁰– y se mantiene la vieja tradición española según la cual se excluye de ciertos derechos a quienes por una actuación delictiva se han hecho acreedores a la pérdida de una especial condición, o de la posibilidad de acceder a ella, como es en este caso la condición de funcionario, hasta el punto que, con esta clase de sanción, “*se encuentra la idea de la específica y superior dignidad concedida al desempeño de ciertos cargos y funciones, con relevante dimensión pública, la cual de esta forma se preserva impidiendo su desempeño a quienes no merecen ostentar la referida dignidad social...*”⁸¹.

A nuestro juicio, el trabajador que está sometido a pena de inhabilitación absoluta no podrá participar en el proceso de funcionarización, por cuanto ella implica la incapacidad para obtener otro empleo o cargo público durante el tiempo de la condena.

Mayor dificultad supone la inhabilitación especial, por cuanto la privación definitiva es para el empleo o cargo sobre el que recayere y la incapacidad de obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena. En concreto, se inhabilita para un empleo o

⁸⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*Acceso y movilidad...*”, ob.cit., pág.517.

⁸¹ MAZA MARTÍN, José M.: “*Penas privativas...*”, ob.cit. pág.149.

cargo público, que implica su privación definitiva e impide para obtener el mismo u otros análogos durante el tiempo de la condena, debiendo la sentencia especificar los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación.

Aquí cabe plantearse si la inhabilitación para el puesto específico de laboral supone también la del mismo puesto, como funcionario; si bien es la sentencia la que debe especificarse los empleos, cargos y honores sobre los que recae la inhabilitación, entendemos que ello también supondrá aplicarla al puesto funcionarizado, por cuanto se trata del mismo, como laboral y como funcionario, o, en todo caso, es un puesto análogo si bien en base a un régimen jurídico distinto. Es cierto que la doctrina penalista, de forma minoritaria, ha criticado tal analogía, calificándola de *analogía contra reo*, y en base a esta posición, la inhabilitación sólo lo sería para el propio empleo o cargo. Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido como análogos “*aquellos que tengan un similar contenido*” (STS 20-4-1995) y la doctrina penalista ha defendido que lo son los que implican una función similar a la propia sobre la que recae la inhabilitación especial, si bien tal circunstancia debiera quedar especificada en la sentencia⁸², pero es evidente que el nuevo puesto funcional lo sería, por cuanto la jurisprudencia penal ha considerado tal analogía en supuestos mucho más genéricos, como el empleado de correos, que queda inhabilitado para otro empleo o cargo que esté relacionado con el manejo de la correspondencia postal de toda clase (STS 18-10-1993).

En cuanto a las especiales circunstancias que puedan darse en este ámbito cuando el aspirante es un ciudadano extranjero, entendemos que la interpretación adecuada de la limitación en la participación ha de ser restrictiva y, en este sentido, no creemos que sea posible dar un tratamiento diferente al que se daría a un ciudadano español. Expresamente la Ley 17/1993 de 23 de diciembre prevé que los candidatos no españoles deberán acreditar igualmente no estar sometidos a sanción disciplinaria o condena penal que impida, en su Estado, el acceso a la función pública (art.2.2); algunas convocatorias de funcionarización –

⁸² TAMARIT SUMALLA, José María: “*Comentario al Libro I, Título III del Código Penal*”, en AA.VV: “*Comentarios al Nuevo Código Penal*”. Aranzadi editorial. Navarra, 1996, pág.347.

las menos- recogen tal previsión⁸³; a nuestro juicio, será preciso comprobar si la razón de tal sanción o condena implica según el derecho español la misma consideración de no acceso a la función pública: si la respuesta es negativa, la participación debiera ser posible, y ello en base a un criterio de justicia material, por cuanto no imposibilitó el acceso a la condición de trabajador fijo de la Administración convocante. Este criterio debería ser, en nuestro parecer, igualmente extensible a cualquier otro puesto de trabajo convocado, por cuanto la normativa puede ser diferente y sería conveniente, en base al principio de igualdad, que un ciudadano no español pudiera participar a las convocatorias cuando la razón de la condena o sanción disciplinaria no lo inhabilita en España, máxime en supuestos de condena o sanción por razones derivadas de prohibiciones o restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales no reconocidos o amparados en el exterior, pero sí en nuestro país.

III.6.- Otras requisitos exigibles con carácter general previstos en las convocatorias de funcionarización.

Más allá de las previsiones habituales de la legislación de función pública, anteriormente estudiadas, es posible que se incluyan en las bases y/o convocatorias otras condiciones o requisitos, aunque unas y otros deben basarse en razones objetivas y razonables. Si bien algunos de ellos aparecen recogidos de forma expresa en normas legales o reglamentarias, lo usual es que sean estas mismas las que difieran a las respectivas convocatorias la concreción de tales requisitos o condiciones⁸⁴.

⁸³ Expresamente, el proceso de funcionarización del personal laboral de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (BOIB 30-10-2001) y de la Generalitat de Cataluña (entre otras, DOGC 28 y 29-6-2001 y 3, 6,7 y 13-7-2001).

⁸⁴ Vid.art.2.3 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de funcionarización de la Comunidad de Murcia, habilitando a las convocatorias para que establezcan requisitos específicos y contemplando “*las condiciones de posesión y goce de los distintos requisitos...*”.

La jurisprudencia, con carácter general, ha tenido ocasión de estudiar muy diversos requisitos, validando en ocasiones su exigencia⁸⁵, en tanto que ha rechazado el requerimiento de circunstancias personales, sociales, territoriales o similares que no tienen fundamento objetivo o introducen claras discriminaciones proscritas por el art.14 de la CE⁸⁶ o su desarrollo legal, concretado fundamentalmente en el art.17 del ET y en los arts.34 y siguientes de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre sobre interdicción de la discriminación en el empleo por razones de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual de la persona⁸⁷. En consecuencia, las convocatorias de funcionarización podrán establecer otros requisitos siempre que cumplan las condiciones que la jurisprudencia constitucional ha establecido y que hemos tenido ocasión ya de estudiar en la primera parte (capítulo tercero), y que como señala la doctrina científica pueden englobarse, a los efectos de este presente apartado en tres: que no supongan una referencia individualizada y *ad personam*, que guarden relación directa con los criterios de mérito y capacidad y, finalmente, que tengan una justificación objetiva y razonable.

A nuestros efectos, nos centraremos en aquellos requisitos y condiciones que han surgido en el análisis particularizado de las bases y convocatorias de funcionarización y que pueden dividirse en nueve grupos, caracterizados todos ellos porque se alejan de los requisitos generales ordinarios para acceso a la función pública o de los específicos de la normativa de funcionarización⁸⁸, excepto en el primer supuesto:

⁸⁵ Así, por ejemplo, la exigencia de un determinado nivel de conducción de vehículos de motor si el puesto requiere tal nivel o de determinadas habilitaciones para el ejercicio profesional (licenciado en derecho no inhabilitado por el colegio de abogados para el ejercicio de la abogacía, ídem. para la profesión médica).

⁸⁶ La residencia en determinado municipio, provincia o Comunidad o el cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria (STSJ Castilla-La Mancha 28-7-1998 y STS 4-12-1990); por razón de sexo: STC 216/1991.

⁸⁷ No obstante, tales prohibiciones de discriminación no afectan ni derogan la legislación sobre acceso al empleo público de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, por lo que la exclusión de aquellos no cubiertos por el principio de libertad de circulación comunitaria y de acceso al empleo público (Ley 17/1993 de 23 de diciembre, modificada por Ley 55/1999 de 29 de diciembre) no deben considerarse discriminados, de conformidad con la DA 8ª de la Ley 62/2003 de 30 de diciembre.

⁸⁸ Desecharemos en el estudio aquellos requisitos que nos parecen faltos de lógica o que a pesar de su importancia son incorporadas por un número ínfimo de convocatorias. Así, en la funcionarización del Cuerpo de profesores técnicos de formación profesional de la Generalitat Valenciana (DOGV 16-7-2001) se exige que los candidatos no ostenten ya la condición de funcionario de carrera o funcionario en prácticas del cuerpo al que van acceder a través de la funcionarización, requisito a todas luces incoherente con el proceso. Un

- 1) la exigencia de lengua autonómica;
- 2) requisitos referidos al vínculo laboral;
- 3) requisitos referidos al régimen sancionador;
- 4) requisitos referidos a la capacidad o compatibilidad de los trabajadores;
- 5) requisitos referidos a la norma convencional de aplicación;
- 6) requisitos académicos o formativos.;
- 7) requisitos referidos al proceso selectivo seguido para ingresar como trabajador fijo;
- 8) requisitos referidos a no ostentar la condición de funcionario a través de otro proceso de funcionarización;
- 9) requisitos referidos a actuaciones o circunstancias posteriores a la fecha de finalización del plazo de presentación de instancias.

III.6.1.- Requisito de exigencia de conocimiento de la lengua autonómica.

No corresponde aquí analizar tal requisito, con carácter general, pues escapa del objeto de nuestro estudio⁸⁹. Sin embargo, dado por sentando constitucional y legalmente que es posible establecer tal exigencia ya sea para acceder a la función pública (laboral y funcional) o para determinados puestos de trabajo, parece necesario valorar hasta que punto es exigible tal requisito a los efectos de que un trabajador fijo se funcione.

Por razones de proximidad y habida cuenta que son seis las Comunidades Autónomas que cuentan con un idioma que puede ser exigido en el acceso al empleo público⁹⁰, nos

ejemplo de requisitos *ad personam* que deben entenderse nulos por su carácter claramente restrictivo es el de la funcionarización del Ayuntamiento de la Vila de Zuera (Zaragoza) que limita la participación al personal en activo –excluyendo la suspensión de contrato con reserva de puesto- y haberse incorporado como trabajador fijo de la Corporación mediante el sistema de oposición (BOA 4-11-1998).

⁸⁹ Son numerosos los estudios y comentarios al respecto, algunos de los cuales citaremos a lo largo de este apartado. Para una visión global, entre los más recientes, *vid.* PUERTA SEGUIDO, Francisco: “*La consolidación...*”, *ob.cit.*, págs.259-280.

⁹⁰ En mayor o menor grado, según su legislación, son el País Vasco, Cataluña, Islas Baleares, Galicia, Comunidad Valenciana y Navarra. En otras Comunidades el reconocimiento de alguna lengua diferente al castellano para puestos o circunstancias específicas no ha alcanzado en ningún caso el grado de complejidad e intensidad que en las anteriores (Asturias y Aragón) o ni tan siquiera se plantea su conocimiento (caso del extremeño y del dialecto extremeño-portugués, en Extremadura).

centraremos en la realidad práctica de exigencia de la lengua catalana, en donde la normativa establece el requisito o mérito para el acceso a cualquier Cuerpo o Escala funcional o categoría o grupo profesional laboral de la Administración autonómica, local y universitaria (PAS).

El art.19.1 de la LMRFP indica que las Administraciones Públicas asumen la obligación de seleccionar funcionarios con la capacidad suficiente para cubrir los puestos de trabajo en aquellas Comunidades Autónomas con dos lenguas oficiales, habiendo sido recogido tal envite por el art.42 de la LFP Cataluña, que prevé que en el proceso selectivo la Administración exigirá la acreditación del conocimiento oral y escrito de la lengua catalana. Ya con mayor detalle, el art.11 de la Ley 1/1998 de 7 de enero de Política Lingüística indica que *“el personal al servicio de las administraciones, las corporaciones y las instituciones públicas de Cataluña han de tener un nivel de conocimiento adecuado y suficiente de las dos lenguas oficiales (...) a fin de hacerlo efectivo, el Gobierno de la Generalitat ha de garantizar la enseñanza del catalán al personal al servicio de la Administración (...) y (...) en el proceso de selección para acceder a plazas de personal de la Administración de la Generalitat, la Administración local y la administración y servicios de las universidades, se ha de acreditar el conocimiento de la lengua catalana, tanto en la expresión oral como en la escrita, en el grado adecuado a las funciones propias de las plazas de que se trate, en los términos establecidos en la legislación de la función pública”*, concretándose así lo que ha venido a denominarse modelo del *“bilingüismo de los servicios y bilingüismo de los agentes”*⁹¹.

Ello nos permite establecer una doble consideración en tal exigencia del conocimiento, de gran importancia en un proceso de funcionarización: valorarse aquél como un mérito más en el proceso selectivo o –de ahí nuestra inclusión en este apartado- como un requisito de capacidad. En esta dicotomía cabe señalar que si la acreditación del conocimiento se

⁹¹ Se distingue así, entre el *“bilingüismo de los servicios y de unilingüismo de los agentes”*, que implica incorporar empleados unilingües, de las dos lenguas, desdoblado los servicios, y el *“bilingüismo de los servicios y bilingüismo de los agentes”*, que consiste en que el personal incorporado conozca ambas lenguas. Vid. MILIAN MASSANA, Antoni: *“Comentarios en torno de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998 de 7 de enero de política lingüística”*. RAP, núm.157, 2002, pág.345.

articula en todo caso como un ejercicio obligatorio y eliminatorio, no se trata de un mérito sino de un requisito de capacidad, en tanto que si el ejercicio es voluntario no eliminatorio podrá definirse como mérito⁹². De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (SSTC 76/1983, 82/1986, 46/1991, entre otras) puede concluirse que el principio general es que el conocimiento de las lenguas diferentes al castellano ha de valorarse como un mérito no eliminatorio, pero siendo posible que para plazas concretas y determinadas, la Administración pueda atribuir carácter eliminatorio a la prueba de lengua no castellana a fin de velar por la presencia en la entidad pública de personal de habla propia de la Comunidad y garantizar así el uso de esa lengua por parte de los ciudadanos de aquélla; en ambos casos, respetando el criterio de proporcionalidad entre el nivel del puesto o funcionario y el del conocimiento exigido o a valorar. Todo lo cual supone que debe considerarse desproporcionada la exigencia de conocimiento de lengua no castellana cuando los empleados hayan de cubrir plazas que no estén directamente vinculadas al uso de la lengua en su relación con los administrados, pero que la Ley es perfectamente constitucional cuando se establezca el conocimiento del catalán como un requisito de capacidad, si hay proporcionalidad y adecuación entre el nivel del conocimiento requerido y las necesidades del puesto a desempeñar, en este caso, el que cubre el trabajador funcionarizado⁹³, opción ésta por la cual ha optado hasta el momento presente la Generalidad de Cataluña en todas sus convocatorias de procesos de funcionarización.

El único conflicto que puede darse en el proceso de funcionarización es que deban acreditar tal condición de conocimiento trabajadores que no lo ostenten, pero sí sea requerido para el puesto, por cuanto a la mayor parte del personal laboral de las Administraciones catalanas no se les fue exigido en su momento tal conocimiento⁹⁴, lo cual también ha sucedido con el

⁹² MAURI MAJOS, Joan: “*Selecció...*”, ob.cit., pág.96.

⁹³ MILIAN MASSANA, Antoni: “*Comentarios...*”, ob.cit. pág.348.

⁹⁴ Entre la doctrina plantea esta problemática AGIRREAZKUENAGA, Iñaki: “*L’acreditació del coneixement del català en la funció pública de les administracions catalanes*”, en AA.VV: “*Estudis jurídics sobre la llei de política lingüística*”. Marcial Pons. Barcelona, 1999, pág.226. Téngase en cuenta, además, que mientras la Ley de 1998 indica que “*debe acreditarse el conocimiento de la lengua catalana (...) en el grado adecuado a las funciones propias de las plazas de que se trate*” (art.11.3), el texto inicial de 1985 (ley 17/1985) no lo precisaba en este sentido.

personal funcionario, por cuanto hasta la entrada en vigor de la Ley de 1998 únicamente para unos determinados cuerpos de funcionarios y puestos o para la Administración de la Generalitat se establecía tal exigencia de conocimiento quedando en gran medida fuera la Administración Local y el PAS de las Universidades públicas⁹⁵.

En una primera aproximación, parece que la exigencia no es convalidable en los procesos de funcionarización y, por consiguiente, los aspirantes deberán acreditar el conocimiento en el acceso a la condición de funcionario. Sin embargo esta clara afirmación parece olvidar tres circunstancias nada intrascendentes:

- a) que en muchos casos, los trabajadores accedieron a la Administración en un momento histórico en donde no se daba la oficialidad del conocimiento del catalán en la legislación;
- b) que los aspirantes ya ostentan la condición de empleados de la Administración convocante; y
- c) que el proceso de funcionarización pretende lograr una finalidad constitucionalmente amparada, cuál es adaptar los puestos laborales a la naturaleza administrativa de las funciones que desempeñan sus titulares.

En este sentido la jurisprudencia ha establecido que el conocimiento de la lengua catalana no es un requisito independiente del mérito y de la capacidad, por lo que el derecho a permanecer en un determinado puesto de trabajo, que se ocupa de forma definitiva, no debe descontextualizarse de la exigencia de conocimiento del idioma de la Comunidad, por cuanto este requisito se ha incorporado al estatuto del funcionariado en Cataluña⁹⁶.

⁹⁵ En concreto, como indica MILIAN MASSANA en “*Comentarios...*”, ob.cit. pág.349; si bien en la Generalitat el conocimiento era exigido (art.34 de la Ley de FP de 1985, luego art.42 del actual texto), en los restantes niveles administrativos sólo era requerido para el cuerpo funcional de maestros y profesores de enseñanzas no universitarias, los cuerpos de habilitación nacional de las entidades locales y para plazas de éstas mismas entidades cuando el acceso se derivara de un proceso de incorporación desde otras Administraciones.

⁹⁶ STSJ de Cataluña 30-9-1994 (recurso 775/1992), cit. por AGIRREAZKUENAGA, Iñaki: “*L’acreditació...*”, ob.cit., pág.229, nota 38.

Por ello, son importantes las siguientes notas. En primer término, nos parece razonable que tal exigencia se aquilate, no estableciéndose como requisito inicial, sino como conocimiento a demostrar a lo largo del proceso selectivo de funcionarización, lo que significa por tanto articularlo como mérito y no como requisito o condición para el acceso, o, incluso, habilitar un proceso formativo posterior a la toma de posesión, incorporando el aprendizaje de la lengua autonómica a los planes de formación que deba recibir el referido trabajador funcionarizado, o incluso en los cursos complementarios de formación a los que los funcionarios puedan obligatoriamente asistir por así indicarlo las bases de la convocatoria⁹⁷. En este sentido, debe recordarse que el art.11 de la Ley 1/1998 obliga a la Generalitat a garantizar la enseñanza del catalán al personal que presta servicios en la Administración, fomentado medidas de reciclaje lingüístico. La referida opción por la valoración como mérito, y no como requisito, traería causa en la práctica administrativa llevada a cabo por la Comunidad autónoma catalana, cuanto menos hasta fechas recientes, en el sentido de distinguir, en la provisión interna de puestos de trabajo internos entre los concursos de provisión generales y los específicos, en los que el conocimiento del catalán se establecía como requisito en estos últimos, pero como mérito en los primeros. Es una flexibilidad que ha sido valorada como adecuada, y que nosotros proponemos en los procesos de funcionarización, por su carácter de provisionalidad en tanto haya personal que no tenga el conocimiento suficiente de la lengua propia de Cataluña⁹⁸.

Las convocatorias de funcionarización del personal laboral de la Generalitat de Cataluña aparentemente no establecen el conocimiento del catalán como requisito general de participación, pero lo conforman como tal al establecer una prueba, de carácter obligatoria y eliminatoria, que exige el conocimiento de la lengua catalana, sin que se dé valoración

⁹⁷ Aunque sin referencia expresa al aprendizaje del catalán, así se articula un curso de formación posterior en la convocatoria de funcionarización de 125 plazas de auxiliares administrativos de la Universidad Politécnica de Cataluña (DOGC 7-9-1988).

⁹⁸ Aunque esta flexibilidad no parece derivarse de la Ley de FP de Cataluña ni de la Ley de Política Lingüística, el art.54.1 del Decreto 123/1997 de 13 de mayo por el cual se aprueba el Reglamento General de provisión de puestos de trabajo de Cataluña indica, al inicio que *“las bases de la convocatoria en los casos en que la posesión de un determinado nivel de conocimiento del catalán constituye un requisito de participación...”*. De esta dicción la doctrina ha concluido que, *a sensu contrario*, no siempre es exigible un determinado nivel de conocimiento del catalán en los concursos de provisión. *Vid.*, al respecto, AGIRREAZKUENAGA, Iñaki: *“L’acreditació...”*, ob.cit., pág.227, nota a pie 34.

específica sino únicamente el resultado de *apto* o *no apto* y sin que esta calificación tenga utilidad en la calificación final, que consiste en la suma de la puntuación obtenida en las pruebas en donde sí se valora entre cero y diez puntos. Este criterio se mantiene en el acceso para todos los Cuerpos y Escalas de la Administración autonómica catalana, sean de la escala de administración general⁹⁹ o administración especial¹⁰⁰, e independientemente del grupo de clasificación A, B, C ó D¹⁰¹. Esta misma posición es adoptada por diversas Corporaciones catalanas¹⁰² o por otras Administraciones autonómicas en donde el catalán es lengua cooficial¹⁰³, aunque también pueden computarse ejemplos en donde el conocimiento del catalán no se articula como condición o requisito sino únicamente como mérito no eliminatorio o incluso, no exigiéndose como requisito ni como mérito¹⁰⁴, o bien, aún siéndolo, se permite su acreditación externa documentalmente hasta el mismo día de realización de la prueba¹⁰⁵. Finalmente resaltar que la opción que proponemos de incorporar el aprendizaje de la lengua autonómica como una fase posterior a la adquisición de la condición de funcionario, aparece en algún proceso de funcionarización, que exige el

⁹⁹ Pruebas de acceso por funcionarización a la escala superior (171 plazas) y escala de gestión (100 plazas), ambas de administración general (DOGC 13-7-2001).

¹⁰⁰ Entre otros, acceso al cuerpo de ingenieros técnicos agrícolas, ingenieros técnicos forestales (DOGC 28-6-2001), conservadores de museos (DOGC 3-7-2001), titulados superiores en biología y diplomados en salud pública, ingenieros industriales e ingenieros técnicos, psicólogos, asistentes sociales (DOGC 6-7-2001) de Arquitectos superiores y Arquitectos técnicos (DOGC 13-7-2001)

¹⁰¹ Para la funcionarización de 354 plazas de auxiliares administrativos (grupo D) y 225 plazas de administrativos (grupo C), *vid.* DOGC 17-9-2002.

¹⁰² Funcionarización del personal laboral de la Diputación de Tarragona (BOP de Tarragona 14-4-1999).

¹⁰³ Expresamente incluido como requisito y condición de los participantes aparece exigido el conocimiento del catalán en los procesos de funcionarización para los grupos A, B, C, D y E de la Comunidad balear (BOIB 30-10-2001), habilitándose también una prueba específica de conocimientos para quienes no acrediten documentalmente tal requisito, con la valoración de *apto* o *no apto*, en este último caso implicando la eliminación del aspirante. Para el acceso al curso obligatorio que incluye el proceso de funcionarización debe acreditarse el *apto* en catalán.

¹⁰⁴ Funcionarización de la Diputación Provincial de Barcelona (BOP de Barcelona 17-4-1995 y 7-8-1997).

¹⁰⁵ Opción muy flexible, prevista en la funcionarización de la Diputación Provincial de Tarragona, entre otras (BOP de Tarragona 14-4-1999).

compromiso del trabajador que participe en aquella cuando no acredite conocimientos suficientes de asistencia al plan de formación correspondiente¹⁰⁶.

III.6.2.- Requisitos referidos al vínculo laboral.

Estos requisitos son de diversa entidad y circunstancia, que en la investigación efectuada aparecen en exclusiva en la Administración Local, con alguna excepción muy puntual¹⁰⁷, pudiendo abarcando tanto la exigencia de una determinada antigüedad en la condición de personal laboral¹⁰⁸ como que esta antigüedad se predique en la categoría o cuerpo laboral preexistente a que se convoca la plaza¹⁰⁹; como cuestiones más específicas sobre el contenido del vínculo laboral, cual es que se vengán prestando de forma ininterrumpida servicios a la Administración convocante¹¹⁰, en determinadas funciones¹¹¹ o que estos servicios sean a

¹⁰⁶ Proceso de funcionarización del profesorado y del área de recaudación de la Diputación Provincial de Valencia (BOP de Valencia 30 y 31-12-1994).

¹⁰⁷ Es el supuesto, excepcional, del personal investigador estatal del CIEMAT, en donde se requiere una antigüedad de cinco años como investigador (Ley 24/2001).

¹⁰⁸ Exigencia de diez años de servicios continuados como trabajador del Ayuntamiento de la Granja de Torrehermosa (BOP de Badajoz 19-2-2001 y 27-3-2003), dos años en el Ayuntamiento de Mombeltrán (BOP de Ávila 11-2-2002) o de un año de servicios en la Diputación de Barcelona o de dos en sus organismos autónomos (funcionarización de 88 plazas, BOP de Barcelona 17-4-1995), que se incrementan a dos años en todos los casos en el proceso de funcionarización de 56 plazas de ejercicio de 1997 (BOP de Barcelona 7-8-1997). La Diputación de Badajoz, en la funcionarización de conductor (grupo D) requería dos años de antigüedad como trabajador en los grupos E ó D (BOP de Badajoz 16-4-2003) ó el Ayuntamiento de Montcada i Reixac (Cataluña) que para funcionarizar su plantilla de peones (45 plazas, grupo E) y limpiadoras (*sic*) (16 plazas, grupo E) exigía un año de antigüedad como personal laboral fijo. El Plan de Actuación en Materia de Empleo de la Diputación de Barcelona de 25 de septiembre de 2003 vuelve a exigir dos años de antigüedad mínima como trabajador fijo en los OOAA funcionarizados, aunque la integración se efectúa como funcionario de la Corporación, y no del organismo autónomo.

¹⁰⁹ Las bases para la funcionarización de las plazas de auxiliar administrativo del Ayuntamiento de Fregenal de la Sierra (Extremadura) establecían el requisito de una antigüedad de ocho años en tal categoría laboral (DOE 31-10-2002), cuatro para funcionarizarse como auxiliar administrativo en el Ayuntamiento de Villaquilambre, León (BOCyL 8-1-2002) o dos en la funcionarización del personal de oficios del Ayuntamiento de Sant Joan d'Alacant (BOP de Alicante 1-2-2002).

¹¹⁰ Funcionarización del personal del grupo D del Ayuntamiento de Olmedo, Valladolid (BOCyL 30-5-2001).

¹¹¹ Es el supuesto de la funcionarización del personal laboral del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas del Estado (CIEMAT), en donde se requiere el requisito de haber desempeñado un mínimo de cinco años actividades de investigación en el CIEMAT a lo largo de los diez años anteriores a la entrada en vigor de la Ley (art.46.1.b Ley 24/2001) y que se concreta en la convocatoria de 29-11-2002 (BOE 20-12-2002).

jornada completa¹¹², o que incluso el vínculo no esté en suspenso, aunque implique reserva de puesto¹¹³. Entendemos que en la mayoría de casos se trata de requisitos contrarios a la norma jurídica: la antigüedad no puede ser un criterio a requerir sino, en todo caso, haber accedido a la condición de laboral con anterioridad a la fecha que determine la normativa de función pública, y en cuanto a la forma o naturaleza de prestación de servicios, también nos parece en contradicción con la legislación –excepción hecha de la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial- que, por lo demás, permite también la participación de trabajadores en situación de suspensión con reserva de puesto.

III.6.3.- Requisitos referidos al régimen sancionador.

En no pocas ocasiones, como hemos tenido ya ocasión de señalar en su momento, se exige una determinada ausencia de sanción por faltas, ya sean muy graves¹¹⁴, o incluso sólo graves¹¹⁵, de forma indeterminada. Tal previsión nos parece una restricción improcedente, que sanciona doblemente al trabajador, al establecer en primer término una sanción específica según el cuadro de régimen disciplinario de la Administración y, posteriormente, introduce una limitación de su participación en un proceso selectivo para adquirir la condición de funcionario.

Es cierto que determinados convenios colectivos establecen como una de las posibles sanciones de su cuadro de faltas y sanciones el impedir que el trabajador pueda participar durante un determinado período de tiempo en procesos de promoción o selección, pero

¹¹² Funcionarización de trabajadores de los cinco grupos de clasificación del Ayuntamiento de Jaca (BOP de Huesca 31-8-2001) o del Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003).

¹¹³ Así se establece con la exigencia de estar en situación de servicio activo –empleando la terminología funcional- en el Decreto 1499/2003 de 22 de abril regulador de la funcionarización del personal laboral de la Ciudad Autónoma de Ceuta o en la convocatoria de funcionarización del Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003).

¹¹⁴ Funcionarización de diversas plazas de personal laboral del Ayuntamiento de Lorca, exigiendo no haber sido sancionado por falta muy grave en los dos últimos años (economista, graduado social, programadores, auxiliares administrativos, limpiadoras, BORM 12-12-2002; auxiliares de museo, archivo, biblioteca, ordenanzas, BORM 28-1-2003; limpiadoras, BORM 4-2-2003).

¹¹⁵ No sólo por faltas muy graves sino también por las graves exige la convocatoria de funcionarización del personal para todos los grupos de clasificación del Ayuntamiento de Totana (BORM 3-9-2002).

entendemos que tal previsión debe limitarse al ámbito de las relaciones laborales fijadas en el convenio colectivo y en modo alguno al acceso a la condición de funcionario, por cuanto una norma convencional, y tampoco las bases de una convocatoria, no pueden modificar el régimen sancionador de los funcionarios que no incorpora una sanción de este tipo, limitadas – en mayor o menor gradación- a la separación del servicio, la suspensión de funciones, el traslado con cambio de residencia y el apercibimiento (art.14 del Real Decreto 33/1986 de 10 de enero de Reglamento de régimen sancionador).

No obstante, existe una justificación para tal proceder si bien sin un amparo jurídico suficiente. Como tendremos ocasión de plantear en el próximo capítulo sexto, la mayoría de los procesos de funcionarización concluyen con la extinción del contrato de trabajo del empleado al amparo del art.45.b del ET (mutuo acuerdo de las partes) y la toma de posesión como funcionario. Esta extinción es un acto obligado por parte de la Administración, pues así lo prevén normas legales, reglamentarias y las bases de convocatorias. Pero tal extinción impide el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública sobre el trabajador, al exigirse que ese ejercicio sea sobre una relación vigente y actual¹¹⁶; si bien el sentido común jurídico parece abogar a favor de que no debiera poder funcionarizarse a quien es merecedor por su conducta de la sanción de despido –cabe incluso plantearse el supuesto límite de un trabajador que el día antes de tomar posesión como funcionario de carrera y siendo todavía laboral cometiera tal tropelía que no aparejare sanción penal pero bastante grave para merecer el despido, o por un hecho conocido menos de seis meses después de cometerse- la norma legal parece concluir que sólo si hubiera sido previamente despedido podría ser excluido, y ello sin plantear si el despido basta con que se haya producido al tiempo de acceder a la condición de funcionario o exige que sea firme, por transcurso del término de caducidad para su impugnación, o por sentencia firme. De ahí que tales previsiones, incorporadas a las bases de las convocatorias, intentan evitar que una sanción por falta muy grave, incluso también grave –que no supone el despido, pero puede implicar una sanción muy relevante- quede automáticamente y sin

¹¹⁶ Doctrina añeja que se inicia por la STS 3-1-1967 y que es seguida hasta el momento presente por la jurisprudencia; entre los pronunciamientos más recientes, las SSTS 21-2-199, 30-3-1995 y 30-10-1998, que definen el despido como la decisión unilateral del empresario que extingue la relación laboral viva y vigente hasta entonces: “*no existe relación laboral, tampoco puede existir despido...*”.

impedimento purgada por la nueva condición de funcionario, pero nos parece que a pesar del sentido común en que se sustentan no tienen ningún amparo jurídico razonable.

III.6.4.- Requisitos referidos a la capacidad o compatibilidad de los trabajadores.

Estos requisitos vienen referidos por lo general en términos inconcretos, impidiendo la participación de trabajadores que acrediten una ausencia de capacidad o que incurran en incompatibilidad según la legislación vigente¹¹⁷, aunque ocasionalmente concretada en relación a normas específicas, como el reglamento de funcionarios de la administración local o la legislación de incompatibilidades¹¹⁸, en tanto que en algunos supuestos se distingue entre las dos causas, por separado: incapacidad según la legislación vigente y no estar incurso en supuesto de incompatibilidad según la Ley 53/1984¹¹⁹.

La referencia a la legislación de incompatibilidades nos parece a todas luces improcedente. En primer término, porque tal norma que tiene el carácter de norma básica, se aplica indistintamente al personal funcionario y al laboral, lo que supone que el trabajador que participa en el proceso de funcionarización en nada modifica su situación respecto de aquélla, por lo que si se le había concedido la compatibilidad –o denegado- como trabajador, la misma situación se dará como funcionario, sin perjuicio de que en el momento de prestar juramento o promesa y tomar posesión deberá efectuar nueva declaración, a los efectos oportunos¹²⁰. En

¹¹⁷ Funcionarización de diversas plazas de personal laboral del Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 11-7-2002), Ayuntamiento de Calahorra (BOLRi 23-1-2003), plazas de los grupos C, D y E del Ayuntamiento de Moratalla (BORM 3-12-2002), Ayuntamiento de Ceutí (BORM 1-7-2002), Cuadrilla de La Guardia-Rioja Alavesa (BOTH de Álava 29-1-1999), Ayuntamiento de Albaro (BOLRi 15-3-2003) o del Ayuntamiento de Azpeitia (BOP de Gipuzkoa 19-3-2003); Decreto 1499/2003 de 22 de abril de funcionarización del personal laboral de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

¹¹⁸ Funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002).

¹¹⁹ Funcionarización de 12 plazas de auxiliares de recaudación y 40 plazas de oficial de recaudación de la Diputación de Valencia (BOP de Valencia 31-12-1994).

¹²⁰ Téngase en cuenta, además, que tal exigencia para el mismo momento de presentar la solicitud de participación, en la funcionarización de puestos a tiempo parcial –con independencia de que jurídicamente creamos, en el marco jurídico actual, no factible tal supuesto, tal como expusimos en esta misma segunda parte (capítulo segundo) es inconsecuente con el hecho de que el trabajador a tiempo parcial tenga autorizada una segunda actividad en el sector privado, también a tiempo parcial. *Vid.*, como ejemplo de contradicción, la base 4ª.e de la funcionarización de puestos de auxiliar de cultura a tiempo parcial del Ayuntamiento de Ponferrada (BOCyL 17-6-2003).

segundo lugar, porque aun en el supuesto singularísimo en que incurriera en causa de incompatibilidad como funcionario, ésta no puede impedir la participación en el proceso selectivo de funcionarización, sino que sólo actuará tal causa en el precitado momento de toma de posesión, en donde si incurre en causa de incompatibilidad, deberá aplicarse la legislación vigente, optando en su caso por la opción adecuada o que le convenga. En conclusión, tal causa de limitación de la participación no es ajustada a Derecho y no debe ser tenida en cuenta a los efectos de inadmisión de una instancia.

En cuanto a las referencias a la falta de capacidad, éstas no pueden ser distintas a las ya establecidas en la normativa con carácter general o específico: edad, requisitos físicos o psíquicos, etc., por lo que las bases de las convocatorias no podrán añadir o modular ninguna más allá de las ya descritas. Sin embargo, un sector de la doctrina entiende que esa incapacidad específica no guarda vínculo con los requisitos generales, y hay que relacionarla con las causas de incapacidad para ser funcionario público y que aparecen todavía vigentes en el ámbito local en el no derogado formalmente Reglamento de funcionarios de la Administración local de 1952 (art.36) y de ahí que tal previsión conste en convocatorias de funcionarización en el ámbito municipal o provincial. Del análisis del precepto cabe deducir que gran parte de las incapacidades deben tenerse por no vigentes en los términos del Reglamento de 1952 por haberse regulado con posterioridad en normas postconstitucionales, fundamentalmente las referidas al régimen de incompatibilidades y de contratación administrativa pública¹²¹, si bien se mantendría la incapacidad para ser nombrado funcionario de la Corporación el Alcalde o Presidente de la misma y sus miembros electivos (concejales, diputados provinciales, consejeros comarcales) y similares cargos de aquellos otras

¹²¹ En concreto, las limitaciones en que incurran los aspirantes derivadas del parentesco con los miembros electos de la Corporación deben ser interpretadas acorde con el sistema de elección democrática de estos mismos y en este sentido, la STS 28-7-1987 afirma que tales límites no se dan cuando el proceso selectivo para lograr la condición de funcionario es mediante oposición, que a nuestro juicio debe extenderse a los otros dos sistemas (concurso y concurso-oposición) habida cuenta que si se ajustan a Derecho son igualmente válidos para el acceso a la función pública; en cuanto a las limitaciones de participación para los deudores directos o subsidiarios de fondos públicos y los que se hallen en litigio con la corporación local, deben igualmente entenderse derogados en base al principio de igualdad y de derecho de acceso a la justicia que reconoce el texto constitucional; las restantes limitaciones, excepción hecha de los dos primeras del art.36 deben entenderse igualmente derogadas por estar afectadas por la Ley de Incompatibilidades y la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Corporaciones que tengan jurisdicción dentro de los límites territoriales de la entidad local afectada¹²².

III.6.5.- Requisitos referidos a la norma convencional aplicable.

Estos requisitos se estructuran en dos modalidades: a) requisitos referidos al ámbito subjetivo del convenio, esto es, la exigencia de que el trabajador a funcionarizar esté sujeto al convenio colectivo del personal laboral de la Administración convocante¹²³; b) requisitos referidos al puesto de trabajo, que debe estar declarado como de funcionario por el Convenio Colectivo¹²⁴ o el Acuerdo de Condiciones de trabajo del personal funcionario¹²⁵.

En el primer caso, es difícil establecer la razón que justifica tal referencia, a no ser que con tal precisión quiera fortalecerse el carácter paccionado del proceso de funcionarización. Pero aún así, no hay razón legal que obligue, o cuanto menos que permita, circunscribir la funcionarización a los trabajadores afectados por un convenio colectivo, sino que ello dependerá de la adscripción del puesto ocupado a régimen funcional, con independencia de aquél factor o incluso de la ausencia –nada extraña en pequeñas corporaciones- de convenio colectivo para su personal. En cuanto a la segunda circunstancia, creemos que la razón es idéntica a la anterior, con una respuesta en igual sentido, sin obviar la clara ilegalidad de que los puestos de trabajo sean adscritos a funcionarios a través de previsiones del Convenio Colectivo o Acuerdo de Condiciones sino que, como ya hemos tenido ocasión de señalar en el capítulo primero (segunda parte), debe ser la RPT, o en su caso el catálogo que haga sus funciones, preferentemente, los que adscriban a funcionarios puestos de trabajadores.

¹²² En este sentido se manifiesta PEREZ LUQUE, Antonio: “*La selección...*”, ob.cit., pág.295.

¹²³ Proceso de funcionarización del Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002) Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 30-9-2002) o del Ayuntamiento de Valencia de Don Juan, León (BOCyL 20-9-2002). Es un requisito, que quizá por su carácter meramente formalista, aparece a menudo en bases y convocatorias de todo tipo de Administraciones.

¹²⁴ Funcionarización de Asistentes Sociales y Oficiales fontaneros del Ayuntamiento de Calahorra (BOLRI 19-6-2001 y 26-6-2001).

¹²⁵ Proceso de funcionarización de los grupos B, D y C del Ayuntamiento de Lorquí (BORM 15-3-2003).

III.6.6.- Requisitos académicos o formativos.

Pueden distinguirse dos modalidades de requisitos: en primer término, los requisitos de formación o académicos inapropiados para la plaza¹²⁶ y, en segundo lugar, la obligatoriedad de asistencia previa a determinados cursos o acciones formativas que habiliten para participar en el proceso de funcionarización, impartidos por la propia Administración Pública o entidad con la cual se haya concertado convenio¹²⁷ o la superación de cursos de promoción interna¹²⁸. Esta obligatoriedad, como ya hemos señalado, se concreta en algunos supuestos en el seguimiento de cursos de lengua autonómica, para aquellos que no acrediten tal conocimiento, una vez consolidada la condición de funcionario de carrera.

El segundo supuesto ya ha sido tratado en el apartado correspondiente, y a él nos remitimos. En cuanto al primer caso, reiterar lo ya manifestado en el capítulo primero (segunda parte): el principio esencial es el de la congruencia entre titulación y funciones a desarrollar, concretada en una adecuación plena entre la función y el título¹²⁹. Cualquier otra exigencia nos parece impropio y contraria a Derecho, especialmente cuando se obliga a la previa superación de un curso formativo *ad hoc* para poder ser admitido a la selección.

III.6.7.- Requisitos referidos al proceso selectivo seguido para consolidar la condición de personal laboral fijo.

Tal requisito ha sido articulado por alguna normativa legal autonómica (así, legislación valenciana), a fin de establecer colectivos diferenciados en el proceso de funcionarización, o por un escaso número de corporaciones locales, ya sea con el fin de limitar el acceso de

¹²⁶ Así, para la funcionarización de una plaza de técnico superior del Museo de Arte Moderno de Tarragona, adscrito a la Diputación de Tarragona, se exigía estar en posesión del permiso de conducir clase B1 (BOP de Tarragona 14-4-1999) requisito sin embargo no exigido para las convocatorias de técnico especialista, auxiliar administrativo, oficial primera y subalterno publicados en el BOP de igual fecha.

¹²⁷ Funcionarización del personal laboral del Ayuntamiento de Totana (BORM 3-9-2002).

¹²⁸ Convocatoria de catorce plazas de ayudante del Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002).

¹²⁹ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.87. También, SSTS 12-5-1995 y SAN 6-4-2000.

determinados trabajadores o para establecer un procedimiento selectivo diferente según el caso.

Por lo general, tal requisito tiene como finalidad exceptuar a los aspirantes que ya superaron en su momento un proceso selectivo público a través de la fórmula de oposición, de la celebración de nuevas pruebas selectivas que incluyan tal trámite, reduciéndolo a un proceso por concurso de méritos. Nos referiremos con mayor amplitud a este requisito a lo largo del apartado de procedimiento de selección.

III.6.8.- Requisito de no ostentar previamente la condición de funcionario a través de otro proceso de funcionarización.

Este requisito, aparentemente absurdo, tiene una explicación basada en lo que, a nuestro juicio, supone una interpretación incorrecta de la funcionarización y de sus posibilidades, sin perjuicio de que su exigencia, aun aceptando tal ilegalidad, no puede ser establecida como requisito sino como circunstancia en el momento de prestar juramento o promesa y tomar posesión.

La razón hay que buscarla en la previsión de la normativa estatal, que tiene su origen en normas convencionales, según la cual los puestos de trabajo de personal laboral, a funcionarizar, pueden ser adscritos a dos grupos de titulación, excepción hecha de los del grupo D. Supone ello, como hemos tenido ocasión ya de plantear y volveremos sobre ello en el presente capítulo, en contra de nuestro criterio, de que los trabajadores así afectados podrán optar a dos procesos de funcionarización, participación que puede implicar que al finalizar ambos procesos los hayan superado. En ese sentido, las normas consultadas aseguran “*la funcionarización en el grupo de titulación más alto de quienes se presenten y superen ambos procesos selectivos*”¹³⁰; de ahí la lógica de que entre los “*requisitos*” exigidos a los participantes (así incluidos en el Acuerdo de 22-7-1997) esté el de no “*no haber sido funcionarizado*”. Sin embargo –y sin perjuicio de nuestra consideración como ilegal de tal

¹³⁰ Acuerdo de 22 de julio de 1997 de la Administración estatal-sindicatos para la funcionarización de los cuerpos y escalas interdepartamentales. También son bastante frecuentes las convocatorias que lo prevén, no derivadas de este Acuerdo.

procedimiento, salvo las matizaciones que efectuaremos en su momento- la norma ubica de forma incorrecta tal requisito, por cuanto no puede ser exigido al inicio del procedimiento como aparentemente se circunscribe, sino al final. En este sentido, el apartado quinto del Anexo II del Acuerdo de 22-7-1997 establece que quienes participen en diferentes pruebas selectivas de funcionarización –a consecuencia de tal práctica- “..sólo podrán adquirir la condición de funcionario en un Cuerpo o Escala..”. Se impide, de esta forma, el juramento o promesa y toma de posesión en uno de los Cuerpos o Escalas obtenidos en el proceso, fórmula que redobla, a nuestro juicio, la ilegalidad primigenia, por cuanto se instituye un impedimento a los citados actos posesorios sin ningún soporte legal.

III.6.9.- Requisitos o condiciones erróneamente ubicados en el proceso selectivo de funcionarización.

No tienen mayor trascendencia por cuanto supone exigir al candidato que realice actos que, procedimentalmente, corresponden a un momento posterior a la del plazo de finalización de instancias, pero no son pocas las bases que los establecen como requisitos a cumplir por el candidato en el momento de presentar la referida instancia, por lo que deben tenerse por no puestos. El más común es el compromiso de prestar juramento o promesa y/o de toma de posesión para cuando finalice el proceso de funcionarización¹³¹, estableciendo como requisito para la participación que se haga tal declaración por escrito, confundiendo pues el concepto de requisito y condición con una actuación posterior cuyo cumplimiento en el momento administrativo oportuno sí será necesaria para la adquisición de la condición de funcionario.

III.6.10.- A modo de recapitulación.

De todo el conjunto de consideraciones jurídicas expuestas en los puntos 6.1 a 6.9 podemos extraer una conclusión, en cuanto a este *plus* de requisitos exigidos en muchas de las convocatorias consultadas, cuál es que si bien en algunos supuestos pueden ser razonables y jurídicamente correctos, en otros se incurre en una manifiesta ilegalidad. En este sentido, el

¹³¹ Proceso de funcionarización de la Diputación de Valencia (BOP de Valencia 30 y 31-12-1994), del Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 11-7-2002 y 30-9-2002) o del Ayuntamiento de Godella (BOP de Valencia 15-3-2003).

texto de una convocatoria no puede, por si misma, establecer nuevos requisitos a los que la norma legal predetermine. La jurisprudencia constitucional ha señalado que la puesta en conexión del art.23.2 CE con el art.103.3 CE implica considerar que los requisitos han de estar establecidos en una norma con rango de ley, sin perjuicio de la colaboración de la potestad reglamentaria, de tal manera que *“hay que estimar constitucionalmente proscrita la posibilidad de que por vía reglamentaria o a través de actos de aplicación de la ley, puedan incorporarse nuevos y diferentes requisitos a los que legalmente previstos en los procedimientos de acceso a la función pública”* (STC 138/2000).

IV.- EL PROCEDIMIENTO SELECTIVO PARA EL ACCESO A LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO A TRAVÉS DEL PROCESO DE FUNCIONARIZACIÓN: SISTEMAS DE SELECCIÓN.

Nuestro estudio se centrará en los siguientes aspectos, que incluirán el análisis de la normativa así como de las convocatorias específicas de funcionarización y la negociación colectiva, habida cuenta que en esta cuestión ha tenido una incidencia especial:

- a) análisis de los procedimientos de selección en la funcionarización. Convocatorias y procedimiento formal de selección.
- b) Finalización del proceso selectivo, período de prácticas y curso selectivo.
- c) Nombramiento de funcionarios de carrera.
- d) Proceso selectivo de funcionarización y negociación colectiva.
- e) Otros aspectos vinculados al procedimiento: en especial, la funcionarización y el proceso de transferencia o traspaso de competencias entre entes públicos.

IV.1- Análisis de los procedimientos selectivos. Planteamiento.

El acceso a la condición de funcionario o de personal laboral, de conformidad con las previsiones de la LMRFP pero también de las normas antecedentes –especialmente la LFCE– se concreta a través de tres sistemas o modalidades de selección: la oposición, el concurso-oposición y el concurso. Sin embargo, el establecimiento de fórmulas no siempre acordes con

la legalidad, supone que una distinción previa de sistemas de acceso pueda clasificarse desde la siguiente óptica¹³²:

Desde una perspectiva de su acomodo a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y el legal de publicidad, puede distinguirse entre procedimientos constitucionales e inconstitucionales.

Desde la perspectiva del grado de imperatividad, se distingue entre sistemas obligatorios y voluntarios, y dentro de estos mismos, entre sistema normal o preferente, y aquellos que son especiales o excepcionales.

Igualmente cabe distinguir, en función de que suponga para el candidato un primer acceso a la función o a un Cuerpo o Escala libremente, o bien se articule a través de una fórmula de ascenso, entre sistemas de nuevo o primer ingreso y sistema de promoción interna.

La triple anterior teórica distinción tiene importancia en los procesos de funcionarización, por cuanto en ellos acontecen muchas de las circunstancias que implican aquella selección. En primer término, la funcionarización ha requerido un elaborado examen de su adecuación a la CE, dado su carácter de fórmula restringida de acceso a la función pública; de ahí que la frontera entre su adecuación o su infracción sea, a menudo, muy débil, como tendremos ocasión a lo largo de este capítulo de analizar, fundamentalmente al centrarnos en el procedimiento selectivo *strictu sensu*.

En cuanto al grado de imperatividad, debe señalarse que si bien la normativa general de función pública sigue el criterio de establecer un sistema normal o preferente –adelantamos, la oposición, excepción hecha del personal sanitario estatutario como colectivo más significativo, como tendremos ocasión de referir en su momento, - frente a un sistema más especial –el concurso-oposición- y por último un sistema excepcional –el concurso-, la normativa de funcionarización no sigue como regla común esta distinción, por cuanto instituye un sistema obligatorio, no necesariamente homogéneo en todas las Administraciones Públicas e, incluso,

¹³² PÉREZ LUQUE, Antonio: “La selección...”, ob.cit., pág.107-108.

en cada uno de los procesos de funcionarización. Así, la legislación estatal opta por el concurso-oposición, sistema seguido por la mayoría de las normas autonómicas, pero en otros casos se opta por el concurso o la oposición o, como tendremos ocasión de estudiar, por fórmulas *ad hoc* como la integración o nombramiento directo (Comunidad foral de Navarra) o la realización de cursos o acciones formativas convalidatorias o establecidas como proceso selectivo *per se* (Comunidad Valenciana y Madrid), procedimientos estos últimos que requerirán *in extenso*, analizar su legalidad a la luz de los principios constitucionales.

Debe insistirse no obstante, y en primer término, que la CE no impone un sistema concreto de acceso, ya sea por turno libre o por los excepcionales procesos restringidos. Lo que si garantiza es que corresponde a la ley establecer el sistema, pues es el legislador el competente para establecer las bases del estatuto de los funcionarios públicos, y también corresponde a éste establecer las “*derogaciones singulares*” que puedan aplicarse así como otros sistemas diferenciados de la norma general para seleccionar personal, cual es, en uno y otro sentido, el proceso restringido de funcionarización. Por ello, desde una perspectiva constitucional, y sin perjuicio de lo que establezca en concreto la ley, sistemas objetivos de selección lo son tanto el concurso, como la oposición o el concurso-oposición, pero también podría serlo la calificación obtenida en los estudios universitarios, de nivel superior o medio, o de rango inferior si así fueran exigidos para acceder a un Cuerpo o Escala, si el contenido de tales programas educativos coincidieran con las exigencias formativas teórico-prácticas de acceso a aquellos¹³³; coincidimos, pues, con tales posiciones según las cuales el principio de igualdad, desde la perspectiva constitucional de acceso a la función pública, no quiebra por optarse por uno u otro sistemas selectivos y que como ya tuvimos ocasión de analizar en la primera parte (capítulo tercero) de esta tesis, las pruebas restringidas o las discriminaciones positivas no afectan al principio de igualdad, si suponen tratar situaciones muy específicas con amparo constitucional¹³⁴.

¹³³ MONTORO CHINER, María Jesús: “*Para la reforma....*”, ob.cit., págs.194-195.

¹³⁴ En este sentido, es interesante la reflexión que efectúa la doctrina francesa, en el sentido de que los Tribunales Constitucionales europeos tienden a validar la existencia de sistemas de selección que no sean arbitrarios o irrazonables, y en los que no haya privilegios que beneficien a unos ciudadanos en detrimento de otros, respetándose pues las opciones que el legislador adopte en cuanto a los diferentes sistemas, si se cumplen aquellos requisitos, y permitiendo también que puedan darse derogaciones del sistema general, a favor del principio de discriminación positiva o de pruebas restringidas, siempre que no se incurra en una

No obstante lo anterior, -reiteramos- desde el punto de vista del derecho positivo (LMRFP, LBRL, TRRL, legislación autonómica, etc.), son tres las fórmulas o sistemas de selección: la oposición, el concurso y el concurso-oposición, de tal manera que, aparte de aquellas fórmulas *ad hoc* a las que nos hemos referido, el ajuste legal y constitucional debe canalizarse a través de uno de ellos, sin perjuicio del carácter preferente u obligatorio que, según el caso, establezca la norma específica de aplicación.

Estas fórmulas son tradicionales ya en la selección de funcionarios, no siendo ajenas en absoluto a ellas el proceso de funcionarización. Sistemáticamente, estableceremos las notas fundamentales de estos tres sistemas desde una perspectiva general para, a continuación, concretar su articulación cuando la selección persigue funcionarizar al personal laboral; plantearemos también si cuando la funcionarización ha dado pie a la formulación de sistemas *ad hoc*, como ha concretado su contenido y cuál es su adecuación a la legalidad. Este estudio abarcará la esfera estatal, autonómica, local y universitaria; de igual forma que en los apartados antecedentes, el análisis ha requerido la comprobación de numerosas convocatorias de funcionarización, pues si bien en el ámbito estatal y autonómico, así como en el universitario, aquellas han seguido como criterio general el sistema instituido por la norma de aplicación –lo que no implica que tales convocatorias como la norma en que se sustentan necesariamente superen el criterio de constitucionalidad-, en el ámbito local acontece una quiebra generalizada del carácter uniforme que impone la ley, siendo precisamente en esta esfera en donde en mayor número de ocasiones pueden localizarse sistemas *ad hoc*, de dudosa constitucionalidad; punto y aparte merece la calificación del sistema selectivo y su procedimiento formal –o mejor dicho, de su ausencia- seguido por la Comunidad foral de Navarra, al que dedicaremos específicamente el próximo capítulo quinto de esta segunda parte de la tesis.

quiebra del principio de igualdad por parte de quien haya de aplicar la ley (MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand: “*Le principe d’égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du conseil constitutionnel*”. Revue Française du Droit constitutionnel, núm.18, 1994, pág.268.).

IV.2.- Sistemas selectivos de acceso a la función pública profesional.

La LMRFP (art.19) y la legislación reglamentaria (en el ámbito estatal, art.4 del RGI) y autonómica instituyen los mencionados tres sistemas, definiéndolos de forma igual o muy parecida en las normas que los regulan.

IV.2.1.- La oposición.

La oposición es un procedimiento de selección conformado por la práctica de determinadas pruebas cuya finalidad es proclamar los conocimientos generales y especiales de los aspirantes a los cargos públicos, con el objetivo de cubrirlos¹³⁵. La jurisprudencia más añeja proclamó la oposición como el mejor sistema, calificándolo como *“la garantía máxima de acierto al presente admitida por la Administración en todos sus órdenes para contrastar la aptitud y mérito de los aspirantes...”* (STS 17-10-1930) y el propio derecho positivo español parece desde un buen principio optar por tal fórmula, como lo acredita la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y los diferentes reglamentos de cada cuerpo funcional aprobado con posterioridad¹³⁶, que en algún caso han valorado su carácter de pruebas competitivas, en dición del Decreto 1411/1968 de 27 de junio, sobre selección de personal. La legislación vigente lo califica como el sistema ordinario de selección, tanto para la Administración del Estado (art.4.1 del RGI) como para la Administración Local (art.2 del Real Decreto 896/1991), y así también el ámbito autonómico, aunque no de manera unánime.

Una excepción, cuantitativa y cualitativamente significativa, la conforma el personal sanitario estatutario del Servicio Nacional de la Salud. Si ya la Ley 30/1999 de 5 de octubre instituyó que la selección del personal estatutario fijo se efectuaría con carácter general a través de concurso-oposición (art.5.1), el mismo esquema ha sido seguido por la Ley 55/2003 de 16 de

¹³⁵ SERRANO GUIRADO, Enrique: *“El régimen...”*, ob.cit., pág.16-17.

¹³⁶ Sin distinción de mayor o menor cualificación o grado jerárquico, el desarrollo reglamentario de la Ley de Bases de 1918 optó por la oposición, así como también normas legales específicas posteriores. Así, entre otros muchos, Reglamento de 27 de julio de 1943 del Cuerpo de Abogados del Estado, Ley 29 de julio de 1943 del Cuerpo de Catedráticos de la Universidad, Reglamento de 22 de enero de 1944 del Cuerpo Nacional de Astrónomos, Ley de 17 de julio de 1948 del Cuerpo Administrativo de Aduanas o Reglamento de 29 de marzo de 1949 del Cuerpo de Subalternos de Correos.

diciembre (LEMPES). En concreto, aunque siempre con respeto a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art.29.1.a) el sistema general continúa siendo el de concurso-oposición, en tanto que la oposición pasa a ser un sistema secundario, cuando así resulte más adecuado en función de las características socio-profesionales del colectiva que pueda acceder a las pruebas o de las funciones a desarrollar, en tanto que, subsidiariamente, el concurso podrá ser una fórmula válida si las peculiaridades de las tareas específicas a desarrollar o el nivel de cualificación requerida lo aconsejen (art.31.1 LEMPES).

La doctrina teórica parece apostar, con carácter general y ordinario, por el sistema de oposición, como el procedimiento más idóneo en la selección de empleados públicos, sin perjuicio de que no son pocas las voces autorizadas que critican o cuestionan sus aspectos negativos. Respecto de la oposición se ha elogiado su carácter objetivo, como fórmula de selección que coadyuva, al mismo tiempo, a un elevado grado de preparación de los aspirantes que por él pasan, permitiendo a la Administración establecer el nivel de exigencia que crea más adecuado, recayendo el peso económico de tal formación exclusivamente en el aspirante, conocimientos que además son específicos sobre el Estado y las Administraciones Públicas¹³⁷. Ello ha supuesto destacar del procedimiento tres rasgos, ya apuntados en lo dicho hasta el momento¹³⁸:

- el carácter competitivo del sistema que, no obstante, requiere la previa existencia de un nivel mínimo de conocimientos y aptitudes, que se califica como “*divisoria insoslayable*” para quienes deseen ingresar en el Cuerpo o Escala¹³⁹. Ello implica que haya un número suficiente de candidatos para que tal competencia sea real y no se transforme el proceso en un “*examen de aptitud*”¹⁴⁰ que es –adelantamos- lo que en

¹³⁷ PARADA VÁZQUEZ, Ramón: “*Derecho...*”, ob.cit., pág.450; SERRANO GUIRADO plantea que a través de la oposición destacan los aspirantes que, en principio, tienen mayor preparación, acreditando que aquellos tienen, al momento de su ingreso, un grado de competencia profesional (“*El régimen...*”, ob.cit., pág.18).

¹³⁸ JUNQUERA GONZÁLEZ, Juan: “*El sistema de oposición*”. REDA, núm.137/1970, págs.24 y siguientes.

¹³⁹ ESCUIN PALOP, Vicente M.: “*El acceso...*”, ob.cit., pág.91.

¹⁴⁰ MAURI MAJOS, Joan: “*La selección...*”, ob.cit., pág.137.

realidad constituye la selección en el proceso de funcionarización, sea cual sea el procedimiento por el que se opte, por lo que tiene gran importancia el cumplimiento del principio de publicidad (aunque menor, en el supuesto objeto de esta tesis), por cuanto a mayor y mejor sea esta no sólo la actuación del órgano administrativo deberá ser más transparente sino que también será el elemento ideal para coadyuvar a una máxima competencia entre candidatos.

- la exclusiva valoración de los ejercicios realizados por los candidatos. Únicamente se tendrán en cuenta tales ejercicios teóricos y prácticos, sin que se valoren otras circunstancias subjetivas o incluso objetivas, cual es el curriculum de los candidatos, que puedan también acreditar mérito y capacidad, pero que no son tenidos en cuenta en la oposición.
- y la elección de estos candidatos a través de lo que se ha denominado “*preferencia derivada de la calificación*”, esto es, el ingreso en la función pública de los aspirantes con mayor puntuación sobre los de menor.

No obstante lo anterior, debe señalarse que el sistema de oposición también se ha cuestionado, y de forma severa. Se han criticado las deficiencias del mismo a lo largo de las últimas décadas, desde la perspectiva doctrinal, política, sindical y de gestión de los recursos humanos, fundamentalmente por lo que implica de requerimiento memorístico, de desconexión con las exigencias prácticas de los puestos a cubrir, de fomento del elitismo en determinados grandes Cuerpos o por ser un sistema que no se ha adaptado a las nuevas exigencias de los recursos humanos en el sector público, al no valorar aspectos subjetivos del candidato, su empatía, inteligencia y equilibrio emocional, aplicación al puesto de sus conocimientos, entre otros factores¹⁴¹.

¹⁴¹ SÁNCHEZ MIRÓN se refiere a su carácter altamente formalizado y en la práctica bastante aleatorio, el contenido memorístico de muchas de las oposiciones y la a menudo desconexión entre las funciones a desempeñar y los conocimientos requeridos para el ingreso (“*Derecho...*”, 3ª.edic.,ob.cit., pág.135). Las razones de pervivencia de la oposición, desde una posición crítica, se fundamentan a juicio de SAMANIEGO VILLASANTE y DÍAZ BRETONES en la fuerte implantación de la cultura burocrática en la Administración española y la ambigüedad de la legislación española, los bajos costes políticos que conlleva su mantenimiento porque cuenta con una “*cierta legitimidad científica*” y una “*amplia aquiescencia social*”, lo cual no evita las siguientes nota negativas: acentuado carácter memorístico, tendencia a negar la experiencia o conocimientos

Con carácter constructivo dada la dificultad de su eliminación, se ha postulado una corrección de sus deficiencias, acentuando la conexión entre las pruebas a superar y los puestos a desempeñar, la inclusión de pruebas prácticas y, también, la introducción de técnicas exitosas en el ámbito privado como son las entrevistas, pero nunca en este último caso en detrimento de la objetividad de la selección, lo que supone también la conveniencia de encomendar tales procesos selectivos –el de la oposición, pero también el concurso y el concurso-oposición- a profesionales expertos e imparciales¹⁴².

En este último sentido, la legislación catalana incide en la equivalencia entre el contenido del sistema selectivo y los puestos a ocupar por parte de los aspirantes, analizando los méritos y la experiencia de éstos y su capacidad e idoneidad para el desempeño de las funciones públicas, autorizando para ello que en las pruebas se incluyan valoraciones sobre los conocimientos teóricos y sobre la experiencia consolidada, pruebas médicas y físicas, tests psicotécnicos o profesionales, entrevistas, pruebas prácticas así como cualquier otro elemento que ayude a establecer de forma objetiva el mérito, la capacidad y la idoneidad de los candidatos, facilitándose también la especialización de las pruebas si los puestos a cubrir por un mismo Cuerpo o Escala son distintos y merecen tal constatación (art.43 LFP Cataluña).

previos, escasa valoración de los aspectos psicosociales del candidato, falta de control y del perfil potencial de los aspirantes, masificación de las pruebas, el “frío anonimato” del proceso y la laxitud en las características requeridas a los aspirantes (SAMANIEGO VILLASANTE, Carlos y DÍAZ BRETONES, Francisco: “Selección, formación y desarrollo de carreras en la Administración Pública”, en AA.VV: “Los recursos humanos en las Administraciones Públicas”. Editorial Tecnos. Madrid, 1995, págs.256 y 258. Los términos empleados por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO son rotundos: “La idea central de la oposición es que la selección no se realiza sobre la base de la formación académica o cultural que tengan los aspirantes, pues se exige una mínima y la que se tenga en exceso el aspirante no cuenta para nada. Por ejemplo, para presentarse a las oposiciones del Cuerpo General de Gestión de la Administración se exige estar en posesión del título de diplomado, o arquitecto o ingeniero técnico. Que un candidato sea Doctor o doble licenciado no tiene absolutamente ninguna trascendencia. Tampoco se valora la experiencia anterior (...) da lo mismo que (...) haya acabado ayer la carrera, que el hecho de que tenga veinte años de experiencia (...). En la oposición sólo califica unos ejercicios realizados un día y una hora determinada, que tiene un fuerte (y a veces exclusivo) componente memorístico, sin importar para nada las condiciones subjetivas del candidato (¿es persona de fiar o un delincuente en potencia?). La pregunta no es ¿va a ser un buen servidor público? Sino ¿se sabe el tema que le ha tocado o no?. (RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel et altri, “El empleo público”, en AAVV: “Lecciones de derecho del empleo”. Tecnos. Madrid, 2003, pág.195).

¹⁴² SÁNCHEZ MORON, Miguel: “Derecho..” (3ª edición), ob.cit., pág.135.

Según el art.4.1 del RGI la oposición supone que la Administración celebra una o más pruebas cuyo objeto es determinar la capacidad y aptitud de los ciudadanos aspirantes, fijándose así entre los que la superan el orden de prelación, definición que igualmente ha sido formulada por la doctrina teórica, al establecer como notas de la oposición el que se trata de un procedimiento constituido por la realización de diversas pruebas cuya finalidad es “proclamar” los conocimientos generales y especiales que acreditan los aspirantes a un cargo público que se pretende cubrir a través de esa selección¹⁴³, habiendo sido definida por la jurisprudencia más clásica como “la garantía máxima de acierto al presente admitida por la Administración en todos sus órdenes...”, al ser la fórmula mejor para “contrastar su aptitud y mérito...” (STS 17-10-1930). La nota fundamental de este sistema es que los aspirantes deben acreditar esa capacidad y aptitud a través de una o diversas pruebas teóricas y prácticas.

La definición de la norma estatal es también la contenida en la normativa autonómica y local, si bien con algunas modulaciones, según el caso. En la legislación local catalana el matiz implica establecer que la selección a través de oposición consiste en superar pruebas teóricas y prácticas y, si así se incluye, un curso selectivo de formación¹⁴⁴, en consonancia con lo dispuesto en la LFP Cataluña para el personal de la Generalitat, que prevé en su art.47 que la oposición implica la superación de pruebas teóricas y prácticas instituidas en la convocatoria pública correspondiente, incluida una entrevista si se considera adecuado¹⁴⁵ –art.48 LFP- y la superación, si se prevé, de un curso selectivo de formación.

IV.2.2.- El concurso.

El concurso es un procedimiento a través del cual se declara el derecho de uno o varios aspirantes sobre los demás, por su mayor calificación, en base a una valoración de sus méritos, servicios prestados, trabajos, experiencia, sin que se lleven a cabo pruebas o ejercicios teórico-

¹⁴³ SERRANO GUIRADO, Enrique: “El régimen...”, ob.cit., pág.16.

¹⁴⁴ art.295 de la Ley Municipal catalana de 1987, actual art.288 del texto refundido de Ley Municipal de 28 de abril de 2003.

¹⁴⁵ El objetivo de la entrevista a los aspirantes es evaluar su idoneidad en relación a las funciones genéricas del cuerpo o escala o de los posibles puestos a ocupar (art.48 LFP Cataluña).

prácticos, de tal manera que se consigue “*recompensar*”¹⁴⁶ los servicios prestados, a través de un procedimiento en que se relaciona el derecho propio de cada candidato con el de los demás aspirantes.

El concurso es el sistema a través del cual se comprueban y califican los méritos de los aspirantes, estableciéndose así un orden de prelación entre aquellos (art.4.2 del RGI), méritos que algunas normas concretan en las condiciones de formación y niveles de experiencia adecuados a las características de las plazas a cubrir (art.65.1 RPSELC). Se destaca en él, como advierte también la doctrina, la ausencia de pruebas o ejercicios teóricos y prácticos, por cuanto se califican los méritos, los servicios prestados, la experiencia profesional, etc, recompensando la especial idoneidad demostrada por el aspirante a lo largo de su vida profesional –en el sector público o privado-, su capacidad para desempeñar de forma eficaz unos específicos puestos o cargos y supone un estímulo para el desarrollo de las carreras profesionales¹⁴⁷.

Sus elementos esenciales pueden identificarse según la siguiente doble característica¹⁴⁸: por un lado, las notas de competitividad y preferencia derivada de la calificación se constatan igual que en la oposición; por otro, el elemento de discriminación entre unos y otros aspirantes no es el resultado de las pruebas teórico-prácticas sino de los méritos aportados y acreditados por los aspirantes. Esta última circunstancia requiere su aquilatación, pues frente a la presunción de que la capacidad evidenciada en el pasado se mantiene vigente *ad eternum*, un sector de la doctrina aboga por una división del concurso en dos fases, distinguiendo entre la comprobación del mérito y su corroboración, esto es, que no solamente hay que tener en cuenta los méritos que se ostentan y acreditan sino también su vigencia en el momento del proceso selectivo, aspecto este último que permite cercionar en qué medida el mérito acreditado ha dado lugar a una capacidad específica para el ejercicio del puesto que se

¹⁴⁶ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.17.

¹⁴⁷ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.18.

¹⁴⁸ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció..*”, ob.cit., pág.139.

pretende cubrir; no obstante, esta comprobación del mérito, válida en el concurso, no debe confundirse con una prueba de capacidad, propia de la oposición¹⁴⁹.

La legislación catalana acentúa el carácter público y libre del concurso al indicar que los méritos deben estar incluidos en la convocatoria correspondiente. La excepcionalidad de este procedimiento de selección es una nota característica de la legislación española. Así, en el ámbito estatal es un sistema excepcional, pues la prelación corresponde a la oposición o, en su caso el concurso-oposición (art.4.1 RGI), aunque con algunas excepciones puntuales¹⁵⁰. La legislación local también fija tal carácter subsidiario (art.2 del Real Decreto 896/1991 de 7 de junio) y este es el criterio asumido por la mayoría de normas autonómicas; así, en Cataluña, sólo podrá recurrirse al concurso como fórmula excepcional y únicamente para proveer plazas especiales de los grupos A y B que, en razón de sus funciones y características y de la tecnificación requerida para su desarrollo, deben ser cubiertas por personas de méritos relevantes y condiciones excepcionales (art.50 LFP Cataluña). Es significativo destacar que en el ámbito local catalán se ha endurecido los requisitos del concurso, pues si bien la Ley Municipal de 1987 lo permitía para puestos de funcionarios del grupo E y todos los de los cuerpos y escalas de Administración Especial (art.297.2 y 3 de la Ley 8/1987 de 15 de abril y art. 65.3 del RPSELC) el texto refundido de 2003 lo circunscribe para proveer puestos de trabajo de plazas singulares del grupo A y B, con las características antes reseñadas en la norma de 1987¹⁵¹.

¹⁴⁹ MAURI MAJÓS, Joan: “La selecció...”, ob. cit, pág.139.

¹⁵⁰ Ha sido, hasta el momento, el acceso a la judicatura a través del denominado *cuarto turno*, aunque en la práctica la entrevista ante el Tribunal de selección se ha convertido en una auténtica oposición sobre conocimientos jurídicos del aspirante; también la doctrina se ha referido al concurso como fórmula normal de cobertura de plazas en las Instituciones Sanitarias (FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “Acceso y movilidad...”, ob.cit., pág.199), criterio del cual discrepamos tanto al amparo de la Ley 30/1999 de 5 de octubre de selección y provisión que instituía como sistema general el concurso-oposición (art.5) como al amparo del nuevo Estatuto Marco (Ley 55/2003 de 16 de diciembre, art.31.1) así como también para el acceso a la Sociedad *Correos y Telégrafos*, si bien en este supuesto creemos que doctrinalmente se ha confundido la fórmula de provisión de puestos con el sistema de acceso.

¹⁵¹ Tal limitación es más que significativa, por cuanto el texto refundido de 2003 parte de la Ley de 1987 y sus reformas posteriores, ninguna de las cuales había afectado al mencionado precepto, lo que implica que el gobierno catalán, al aprobar el Decreto Legislativo, ha asumido toda la jurisprudencia que con carácter altamente restrictivo se ha dictado en los últimos años al respecto.

Ello supone que el concurso debe estar solidamente justificado como opción selectiva y tanto judicial como doctrinalmente¹⁵² se ha planteado la necesidad de que los baremos de méritos impidan una actuación discrecional del Tribunal, a través de su carácter específico y concreto, pues a menudo esos baremos vulneran el principio de igualdad al priorizar los servicios en la Administración convocante sobre otras entidades públicas (STS 27-3-1990).

IV.2.3.- El concurso-oposición.

Sistema selectivo que ha sido calificado como fórmula “*híbrida*”¹⁵³ que constata el carácter complementario de la oposición y del concurso¹⁵⁴, gozando también de tradición en el derecho de la función pública española¹⁵⁵, siendo también dos sus notas características: al igual que en la oposición y en el concurso, el régimen competitivo y la preferencia de los aspirantes en función de su puntuación son el eje del procedimiento, si bien su nota básica es que la valoración del candidato se lleva a cabo en dos momentos distintos y de forma mixta, a través de pruebas y de méritos.

El concurso-oposición supone la realización simultánea de los anteriores sistemas, en primer término el concurso y luego la oposición. La normativa catalana lo define como un sistema a través del cual se superan unas pruebas fijadas en la convocatoria respectiva y, si así se previera también, un curso selectivo de formación, y la acreditación de la posesión previa, debidamente valorada, de determinadas condiciones de formación, méritos o niveles de experiencia (art.49.1 LFP Cataluña).

¹⁵² Por todos, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: “*Derecho...*” (3ª edición), ob.cit., págs.134-135. Entre la jurisprudencia, SSTs 21-7-1994, 18-4-1995 y 29-2-2000.

¹⁵³ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.140.

¹⁵⁴ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit., pág.17.

¹⁵⁵ Así, como antecedentes lejanos en el tiempo, para el ingreso en el Cuerpo de Profesores Adjunto de Universidad (Ley de 29 de julio de 1943) o en el Cuerpo de Ingenieros de Telecomunicación del Estado (Decreto de 3 de octubre de 1947), entre otros.

Frente al sistema ordinario que supone la oposición, y el carácter excepcional del concurso, el concurso-oposición adopta una posición intermedia, lo que ha implicado a menudo su utilización por parte de los gestores de recursos humanos públicos y en este sentido, es buena prueba de ello, como hemos tenido ocasión ya de constatar, la opción que asume la LEMPRESS, al priorizarlo como sistema, frente a los dos restantes e incluso instituyendo una fórmula *ad hoc*, absolutamente original, de carácter *excepcional* y *extraordinario*, según la cual la selección por concurso-oposición podrá consistir en una evaluación no baremada de la competencia profesional de los aspirantes, a efectuar por el Tribunal, la exposición y defensa pública por cada candidato de su currículum profesional, docente, discente e investigador (art.31.6).

Con carácter general, judicialmente se ha afirmado que la oposición es el sistema prioritario, el concurso-oposición es un sistema preferente y el concurso es excepcional (STSJ de Galicia 14-7-1999). La legislación local opta por la oposición, salvo que por la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar sea más adecuado el sistema de concurso-oposición o el concurso (art.2 Real Decreto 896/1991), precepto interpretado por la jurisprudencia como de preferencia del concurso-oposición sobre el concurso en la práctica totalidad de supuestos enjuiciados (STS 21-7-1994 y 18-4-1995), en línea con el RGI para el ámbito estatal en donde la naturaleza de las funciones a desempeñar puede aconsejar en primer término el concurso-oposición por ser este más adecuado (art.4.1), lo que implica un precepto jurídico indeterminado de difícil enmarque¹⁵⁶; la doctrina judicial entiende que el concurso-oposición es válido si el puesto a cubrir ostenta unas cualidades o características específicas que requieren una pericia o un conocimiento especial basados en una experiencia anterior o de unas condiciones determinadas que no pueden ser averiguadas a través de la oposición (STSJ del País Vasco 15-10-1997); en la práctica ha supuesto el uso del concurso-oposición para la celebración de procesos selectivos en donde el elevado número de funcionarios interinos o personal temporal aconseja la valoración en la fase de concurso de los méritos que aquellos acreditan, fundamentalmente de antigüedad en el puesto que ocupan en precario

¹⁵⁶ SÁNCHEZ MORÓN se pregunta así “¿en el caso de qué funciones puede ser no adecuado valorar los méritos?” en “Derecho...” (3ª edición), ob.cit., pág.134.

IV.3.- Los sistemas selectivos en los procesos de funcionarización.

Definidos los tres sistemas, se hace necesario establecer las fórmulas de acceso a la condición de funcionario a partir del estatus de personal laboral así como el procedimiento posterior, pues no debe extrañar que precisamente, el esfuerzo que implica la superación de un proceso selectivo –especialmente si se trata de una oposición y en menor medida el concurso-oposición- es una de las polémicas que cíclicamente se producen en torno a la selección en la Administración Pública, que adquiere gran dificultad cuando tales sistemas se aplican para consolidar la situación jurídica de los temporales e interinos, alcanzado cotas de virulencia y conflicto importantes cuando tales pruebas se aplican a trabajadores fijos de la Administración que desean consolidar su condición de funcionario, pues a las consideraciones legales se añaden de otras de tipo humano, sindical, de política de gestión de personal, etc.. que por lo general conforman la cuestión como una de las más conflictivas desde el punto de vista práctico¹⁵⁷.

IV.3.1.- El principio de ausencia de libertad de elección del sistema de selección en la funcionarización.

En el sistema español de función pública existe, *ex lege*, una indeterminación del sistema a utilizar para el acceso a la condición de funcionario o trabajador al servicio de la Administración. La ley estatal se refiere a los diversos sistemas (oposición, concurso o concurso-oposición) definiéndolos y enmarcándolos en el esquema selectivo, pero no opta por uno como preferente.

Sin embargo, a través de la norma reglamentaria estatal sí que se ha concretado el criterio de opción, de tal manera que no puede establecerse –como ya hemos tenido ocasión de apuntar-

¹⁵⁷ La presión sindical y de los trabajadores al respecto es evidente. Un ejemplo de ello, con una claridad puesta por escrito incluso sorprendente, aparece en la Revista informativa del Sindicato de Trabajadores de la Administración riojana (STAR), volumen 109, año XII, de 5-6-2001 donde se propugna que “*todo el proceso sea lo más rápido posible, evitando demoras, y contemplando unas pruebas lo más suaves posibles*”, en tanto que “*el contenido de los temarios, no debería ser sino algo meramente testimonial, dando forma legal a un proceso...*”, por cuanto “*no se podría entender que después de muchos años de profesión, ahora se dudara de sus conocimientos y profesionalidad*” (pág.1).

un principio de libertad de elección del sistema selectivo, o cuanto menos, una libertad condicionada. Así, el art.4.1 del RGI ubica a la posición como sistema ordinario, salvo que por la naturaleza de las funciones a desarrollar sea más adecuado el concurso-oposición y, como fórmula excepcional, la viabilidad del concurso, criterio que ha sido definido como básico para la Administración Local a través del Real Decreto 896/1991 de 7 de junio. Las razones de tal opción preferente por la oposición hay que buscarlas en la tradición histórica, en una creencia muy extendida en los ámbitos administrativos de que tal procedimiento da mayor solvencia y efectividad a los principios de mérito y capacidad, en un esquema en donde prevalece la capacidad sobre el mérito¹⁵⁸.

Igualmente, la jurisprudencia induce, de la legislación estatal, la prioridad de la oposición, al efectuar una interpretación conjunta de todos los preceptos reguladores, concluyendo casi de forma unánime que sólo la oposición es el procedimiento que extrema, en la medida de lo posible, las garantías de mérito, igualdad y capacidad (por todas, STS 18-4-1995) y ello también ha sido acogido por la doctrina administrativa del Consejo del Estado, al señalar que aquella *“presenta mejor adecuación al sistema de carrera, asegura mayor objetividad al consistir en pruebas iguales para todos los aspirantes y facilita la selección de colectivos numerosos y homogéneos. En virtud de estas razones, el Consejo estima que sería conveniente establecer la oposición como sistema ordinario de ingreso del personal funcionario...”*¹⁵⁹.

En cuanto al ámbito autonómico, tal ausencia de libertad acostumbra a estar igualmente recogido tanto en normas legales como reglamentarias. Ya hemos señalado las previsiones de la LFP Cataluña y la legislación local promulgada por la Comunidad, e idéntico criterio se sigue en otras normas autonómicas.

La ausencia del principio de libertad de elección se da con mayor intensidad en los procesos de funcionarización, en este supuesto incluso en norma de rango legal para el ámbito estatal. Así, aunque no utilizando la dicción literal de *“concurso-oposición”*, la DT 15ª LMRFP

¹⁵⁸ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel: *“Selección...”*, ob.cit., pág.187.

¹⁵⁹ Dictamen del Consejo de Estado de 4 de junio de 1998, sobre el Anteproyecto de Ley reguladora del Estatuto básico de la Función Pública.

instituye unas pruebas dirigidas al personal laboral en las que deberán valorarse como mérito los servicios prestados como laboral y las pruebas selectivas superadas en su momento para acceder a tal condición de trabajador, por lo que el sistema instituido es aquél, señalando incluso cuáles son los méritos en la fase de concurso que deben ser obligatoriamente valorados, con independencia de que puedan valorarse otros; tal dicción expresa al concurso-oposición sin embargo sí que aparece en la legislación y normas reglamentarias posteriores.

Sin embargo, tal como establecimos ya en la primera parte (capítulos primero y cuarto), la DT 15ª no tiene el carácter de norma básica, cuando menos formalmente¹⁶⁰, y de ahí que la legislación autonómica y, en su caso, la aplicación llevada a cabo por las Corporaciones locales y universitarias, no ha sido uniforme en modo alguno, optándose en no pocas ocasiones por el concurso como fórmula de funcionarización cuando no por otros sistemas *ad hoc* de dudosa constitucionalidad o legalidad, como tendremos ocasión de plantear, ya sea mediante la integración directa o la superación de cursos de formación. En algún supuesto – Cataluña- la ausencia de libertad se ve mediatizada, curiosamente en sentido contrario al habitual, y acogido por las convocatorias llevadas a cabo por la Generalitat. Así, la DT.10.ª.4 de la LFP establece el turno restringido (“*de reserva especial*”), bajo la fórmula, potestativa, de concurso-oposición. Tal facultad de acudir al concurso-oposición (“*cuyo expediente administrativo puede ser valorado como mérito...*”) no se ha materializado en las convocatorias, que han optado por la oposición, con todo un conjunto de pruebas obligatorias y eliminatorias, y únicamente exceptuando la prueba de conocimiento del catalán para aquellos trabajadores que estén en posesión del certificado acreditativo correspondiente.

A continuación vamos a desarrollar en los apartados siguientes los diversos sistemas selectivos previstos en la ley o utilizados por las Administraciones convocantes, al objeto de analizar su contenido teórico y práctico y plantear su adecuación o no al ordenamiento jurídico.

¹⁶⁰ Recordemos que, sin embargo, una parte de la doctrina teórica e incluso el Consejo de Estado en su dictamen núm.1110 de 30-6-1994 han defendido el carácter básico de la DT 15ª por instituir una excepción al principio general previsto en el art.19 de la LMRFP.

V.- EL CONCURSO-OPOSICIÓN COMO FORMULA SELECTIVA PARA FUNCIONARIZAR EL PERSONAL LABORAL.

Sistemáticamente el estudio de los tres principales sistemas debería seguir la misma lógica empleada hasta el momento: en primer lugar la oposición, en segundo término el concurso y finalmente el concurso-oposición, por ser este un híbrido de los dos anteriores. Sin embargo, tal sistemática no nos parece la más adecuada para el objeto de nuestro presente estudio, habida cuenta que con carácter ya no preferente, sino obligatorio, la legislación estatal y la mayoría de las autonómicas fijan el concurso-oposición como procedimiento a seguir en la funcionarización. Por ello, nos referiremos en primer término a éste, pues con su análisis detallado pueden establecerse las reglas fundamentales y básicas del procedimiento seguido con carácter mayoritario, lo que nos permitirá a continuación, con mayor brevedad, encarar la oposición y el concurso, para los supuestos que así se hayan articulado.

V.1.- El concurso-oposición como formula selectiva en la funcionarización: planteamiento de la cuestión. La fórmula ordinaria de funcionarización.

Como hemos señalado, para el ámbito estatal la DT 15ª LMRFP establece el concurso-oposición como fórmula de acceso a la condición de funcionario en los supuestos de funcionarización, a pesar de que la literalidad de la disposición no lo denomine así. Otras disposiciones legales y reglamentarias sí que lo expresan, al instituir tal sistema como única fórmula para funcionarizar el personal de la Administración del Estado y de la Seguridad Social; así, la legislación presupuestaria dictada para los años 1989, 1990 y 1991 y el art.9.2 de la Orden Ministerial de 27-3-1991, entre otras normas, y asumido por la negociación colectiva estatal sin mayores reparos¹⁶¹.

¹⁶¹ Así, pacto tercero, punto segundo del Anexo II del Acuerdo Administración-sindicatos de 22 de julio de 1997.

Esta también es la opción mayoritaria en la legislación de función pública autonómica – entre otras, Cataluña, Extremadura¹⁶², Castilla-La Mancha¹⁶³, Castilla y León¹⁶⁴, Asturias¹⁶⁵ -hasta la Ley 4/1996 de 13 de diciembre, suspendida por ATC 24-6-1997-, País Vasco¹⁶⁶ o Andalucía¹⁶⁷-, así como en las Universidades Públicas. Aunque con destacadas y significativas excepciones, que tendremos oportunamente ocasión de estudiar.

Para el ámbito local, al no existir una norma precisa, se plantea la posible colisión entre las normas que regulan los procesos en el ámbito autonómico –y su aplicación al local, a través del principio de equivalencia, cuando se dé- y las instituidas por el Estado, con carácter general, para las Corporaciones locales. Esta colisión ha acontecido en numerosas ocasiones para el procedimiento de acceso libre o por promoción interna, y entendemos que la misma lógica es aplicable a la funcionarización. Así, en concreto, la colisión se plantea entre el Real Decreto 896/1991 de 7 de junio sobre reglas básicas y programas mínimos para la selección de

¹⁶² Si bien la DT 3ª.1ª de la LFP Extremadura prevé acudir a cualquiera de los tres sistemas, la normativa posterior lo ha concretado a través del concurso-oposición.

¹⁶³ Sorprendentemente, en la DT 2ª.1 de la LFP de Castilla-La Mancha en su redacción inicial de 1988 instituyó el concurso oposición *libre* para la funcionarización, y además con el límite de una sola convocatoria. Sin embargo, la modificación llevada a cabo a través de la Ley 1/1999 de 4 de marzo establece el concurso-oposición, si bien con opción a acceder a través de un curso de formación, según los supuestos. Igualmente, también la DT 9ª LFP Galicia se refería a un proceso *libre*; no obstante, aunque no se ha suprimido tal redactado, se ha incorporado una nueva DA 13ª, a través de la Ley 3/2002 de 29 de abril, que instituye un concurso-oposición restringido al personal laboral fijo afectado por un puesto adscrito a funcionario.

¹⁶⁴ Si bien la DT 2ª.1 LFP Castilla y León de 1990 se refiere literalmente a la necesaria superación de “*pruebas y cursos de adaptación..*”, el Decreto 69/1994 de 17 de marzo de desarrollo instituye con claridad el concurso-oposición (art.4.2).

¹⁶⁵ DA 6ª LFP Asturias., también refiriéndose a pruebas selectivas y a la valoración como méritos del tiempo de servicios prestados y las pruebas selectivas en su momento superadas. Con claridad, art.6.2 de la Resolución de 29 de junio de 1993 sobre normas de funcionarización del personal del Principado.

¹⁶⁶ LFP País Vasco, en su redactado inicial de 1989 y también según la reforma acontecida por la Ley 16/1997 de 7 de noviembre.

¹⁶⁷ La normativa andaluza ha sido prolija anualmente, aunque de forma escueta, en regular procesos de funcionarización. Con claridad, optando por el concurso-oposición, *vid.* DA 2ª Ley 11/1998 de 28 de diciembre de ordenación económica y de función pública, entre otras materias, si bien en las anteriores normas legales (presupuestarias y de acompañamiento) se deduce el sistema de concurso-oposición por la referencia a la valoración de determinados méritos (antigüedad y pruebas selectivas superadas) y porque la negociación colectiva exige a los aspirantes de participar en las *pruebas selectivas* que respondan a conocimientos o aptitudes ya demostrados, debiendo ser todas las restantes de “*contenido práctico necesario para el Cuerpo o especialidad al que se acceda*” (art.3.4 del Acuerdo entre la Junta de Andalucía y los sindicatos de 12-3-1996, BOJA 7-5-1996).

los funcionarios propios de la Administración Local y las disposiciones autonómicas o, simplemente, las bases selectivas aprobadas por los entes locales.

El referido Real Decreto ostenta el carácter de norma básica en muchos de sus preceptos, en el sentido previsto en el art.149.1.18 de la CE. En concreto, el art.2 del mismo preceptúa que el ingreso en la función pública local se realizara, “*con carácter general, a través del sistema de oposición...*”, si bien es posible recurrir al concurso-oposición o al concurso si así lo requiere la naturaleza de las plazas o de las funciones a desempeñar; la práctica acredita que el concurso-oposición se ha convertido en el sistema prácticamente mayoritario en el mundo local¹⁶⁸. La norma no exceptúa a las pruebas restringidas de tal consideración y, por ello, entendemos que la lógica permitiría entender que la fórmula ordinaria en la funcionarización debiera ser también la oposición y sólo con carácter subsidiario el concurso o el concurso-oposición.

No obstante lo anterior, y tal como hemos señalado, la jurisprudencia ha mediatizado tal equivalencia entre las dos últimas formulas referidas, para priorizar el concurso-oposición sobre el concurso, situando el esquema de preferencia, pues, en la oposición en primer término, el concurso-oposición en segundo lugar y finalmente, de forma excepcional, el concurso.

Cabe plantearse, en consecuencia, ya no sólo para la Administración Local, sino también para las Comunidades Autónomas y el propio Estado, la mejor opción de una u otra fórmula y las razones que justifican que, con carácter general, se haya optado por el concurso-oposición.

¹⁶⁸ La simple comprobación de las convocatorias por turno libre o de promoción interna así lo acreditan. Del estudio publicado por PÉREZ LUQUE en “*La selección...*”, ob.cit., pág.158, se constata que en el año 2000 el 42,48 por 100 de los procesos selectivos fueron por concurso-oposición, frente al 37,17 por 100 por oposición y un 6 por 100 por concurso, si bien se resalta que el 14,35 por 100 de las convocatorias publicadas en el BOE por parte de las Corporaciones locales no constatan el sistema a emplear. Sin embargo, si al sistema de oposición se le restan las plazas de policía local –que tienen como sistema normal y ordinario este procedimiento-, y que fueron un total de 2207, el resultado es que el concurso-oposición se convierte en la fórmula masiva de acceso al empleo público funcional. También se acredita que para el mismo período, prácticamente el 50 por 100 de las plazas convocadas por entes locales para personal laboral optaban por el concurso-oposición.

a) a nuestro juicio, al amparo de la legislación y la jurisprudencia, existen razones que justifican la opción del concurso-oposición. Nos hemos referido ya a dicciones genéricas empleadas por la norma, tales como que es mejor sistema en función de “*la naturaleza de las plazas*”, “*las funciones a desempeñar*” o “*la naturaleza de las funciones a desempeñar*”. Sin embargo, estas razones deberán justificarse, pues no es posible inferir de una manera lógica la corrección del concurso-oposición de la misma naturaleza de las plazas o de las funciones que le son inherentes (STSJ Canarias/Sta.Cruz de Tenerife 17-4-1997 y STSJ Castilla-La Mancha 28-4-1999). Tal justificación, efectuada por la Ley, avala las convocatorias que se derivan de ella, pero para un mayor rigor jurídico, o para los supuestos en donde la previsión no es tan explícita, entendemos que en el expediente administrativo de funcionarización cabe la justificación, sin necesidad de una posterior exteriorización explícita de las razones (STSJ Canarias/Sta.Cruz de Tenerife 28-11-1997).

b) es en este marco donde cabe ubicar la fórmula del concurso-oposición como la más idónea, en abstracto. El puesto o puestos convocados en un proceso de funcionarización no son puestos indeterminados, sino unos concretos y específicos cubiertos por personal laboral fijo que opta, a los mismos, pero para una nueva condición, la funcionarial. Si en su momento justificamos, entre otras razones, la experiencia adquirida por los empleados laborales y el mantenimiento del servicio público y de su buen funcionamiento, como dos de las causas que amparaban la constitucionalidad del proceso restringido de funcionarización, acordaremos que cuando la jurisprudencia ha requerido para una correcta utilización del concurso-oposición que las cualidades o características específicas del puesto impliquen una pericia o un conocimiento especial que tenga su origen en una experiencia anterior o en unas condiciones determinadas que no puedan ser objeto de detección a través de la fase de oposición, la propia naturaleza de la funcionarización está justificando tal opción por el concurso-oposición.

También creemos que la expresa valoración de tales méritos en un proceso de funcionarización es, incluso, más respetuosa con el art.23.2 de la CE, que su exclusión y la opción por la oposición. La jurisprudencia constitucional ha dejado sentado que la experiencia es, sin duda, un mérito y que concederle relevancia en un proceso selectivo no sólo no atenta al principio de igualdad sino que, al contrario, “*se cohonestar perfectamente con el artículo 14*

de la Constitución y es condición de obligada relevancia en atención a criterios tales como los de eficacia en la prestación de servicios por parte de la Administración Pública....” (STC 281/1993)¹⁶⁹.

Más complejo –y a nuestro juicio, de más difícil justificación- es amparar el concurso-oposición en la funcionarización en otros requerimientos establecidos por la doctrina judicial. Así, las características de las funciones a desarrollar en base a determinados grados de exigencia de conocimientos técnicos especializados (así, valorado en la STSJ Cantabria 13-5-1998¹⁷⁰) no es generalizable, pues en la funcionarización se incluyen un abanico ilimitado de plazas, muchas de ellas incardinadas en los grupos E, D y C, o para Cuerpos generales de los grupos A y B.

c) lo anterior nos permite resaltar como lógico que haya sido la propia ley estatal -y autonómica catalana- la que haya optado por el concurso-oposición en la gran mayoría de supuestos consultados, al incorporar esa valoración de la experiencia y de los servicios prestados como un elemento a integrar en el proceso de funcionarización. Sin embargo, la justificación por esta fórmula incorpora una especialidad, ajena a los procedimientos de acceso libre o de promoción interna: también el concurso-oposición se presenta como un sistema idóneo por cuanto permite valorar el proceso selectivo previo seguido por el trabajador para consolidar su condición de fijo, circunstancia esta que no se da en las formulas ordinarias de acceso al empleo público. Precisamente, la jurisprudencia ha destacado el concurso-oposición sobre el concurso, porque aquél primero permite valorar la experiencia profesional, la multiplicidad de funciones o incluso en determinados casos la unicidad del puesto –circunstancia muy común en la funcionarización-, considerándolo por ello como una formula adecuada (STS 21-7-1994), frente al concurso de méritos en donde no se cumple la exigencia de unas pruebas selectivas, y que se limita a una mera participación, sin “*realización y superación de prueba alguna*” (STS 27-3-1990).

¹⁶⁹ Más recientemente, en idéntico sentido, pueden consultarse las SSTSJ Andalucía/Sevilla 29-9-2001, 26-11-2001 y 15-01-2002.

¹⁷⁰ Aunque con criterios contradictorios: así, la STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 28-11-1997 justifica el concurso-oposición por las exigencias propias del puesto y las funciones técnicas a realizar de un Aparejador/Arquitecto técnico.

Por consiguiente, dos serían, en este punto, las razones que amparan el concurso-oposición en la funcionarización: la valoración de la experiencia de los aspirantes y la valoración de la condición previa de trabajador fijo adquirida a través de un proceso selectivo público, que atestigüó ya en un primer momento el mérito y capacidad.

d) esta última consideración previa permite valorar si, desde el punto de vista práctico objetivo, la opción por el concurso-oposición en vez de la oposición conlleva un resultado tangible en el proceso. Lo supone desde el punto de vista de la puntuación final total, pero no desde la perspectiva de las opciones del candidato a la plaza. La funcionarización es un proceso restringido, donde se convocan tantas plazas como candidatos; no habrá exceso de aprobados –al contrario, pueden haber menos que el número de plazas-, por cuanto se convocan los puestos adscritos a funcionarios y optan a ellos los trabajadores que hayan visto reclasificado su puesto. En consecuencia, que se valoren los méritos no supone más que un resultado final, en mayor o menor puntuación; pero el criterio de obligada superación de la fase de oposición, con independencia de la puntuación obtenida en la fase de concurso, el hecho de que no se trate de pruebas competitivas y que, además, con independencia de la puntuación obtenida, la plaza a adjudicar sea la misma que se ocupa en la condición de laboral, debilitan la importancia y significación del concurso-oposición. Desde el punto de vista estrictamente práctico, la oposición conlleva el mismo resultado final, pues tanto si este es el sistema, como si es el concurso-oposición, el aspirante debe superarla con la puntuación mínima que se fije para la fase –única o paritaria- de oposición. Por ello, es significativo que determinados procesos de funcionarización, en donde la norma legal ha instituido como posible el concurso-oposición, las convocatorias y bases efectivas, sin embargo, hayan optado por la oposición, siendo precisamente el ejemplo más destacado la Generalitat de Cataluña, donde previendo la DT 10ª.4 que “*el expediente administrativo puede ser valorado como mérito*”, todas las convocatorias celebradas a lo largo del período 2001-2003 (grupos A, B, C, D y E) optan por la oposición restringida.

Una única excepción a esta consideración se da cuando la fase de oposición es compensada o convalidada parcial o totalmente por las pruebas en su momento efectuadas para acceder a la condición de laboral. En este caso, aquellas no se consideran un mérito, sino propiamente

adquieren el carácter de prueba selectiva condonada. Es un modelo bastante frecuente, que si bien intenta equiparar el contenido de las pruebas de funcionarización con las del sistema libre, permite la supresión de aquellos ejercicios, en base al criterio de entender que los conocimientos ya acreditados en su momento no parece adecuado o necesario volver a ser contrastados; así lo reconoce la Orden estatal de 27-3-1991 y el planteamiento ha sido asumido por la normativa autonómica¹⁷¹ y también por un sector minoritario de la doctrina teórica¹⁷², y que supone en estos casos limitar el proceso a aquellos ejercicios que en su momento no se realizaron, así como la valoración de los méritos¹⁷³, si bien también –como tendremos ocasión de estudiar- se han habilitado fórmulas que suplen las pruebas teóricas y prácticas por el seguimiento y superación de cursos; por ello, a nuestro juicio, en estos últimos procedimientos, así como aquellos en que se convalidan todas las pruebas, se articulan *de facto* como un concurso de méritos, pudiéndose calificar por tanto como un sistema *de favor* restringido de acceso a la función pública con compensación de las pruebas anteriormente realizadas y con una estructura de méritos favorable a los aspirantes laborales¹⁷⁴; sobre su factibilidad y legalidad nos referiremos más adelante.

¹⁷¹ Vid., art.4 del Decreto 154/1994 de 29 de julio de funcionarización de la Comunidad Valenciana (derogado); también, art.4.4 del Decreto 69/1994 de 17 de marzo de régimen de funcionarización de la Comunidad de Castilla y León (“*en las convocatorias podrán suprimirse aquellos ejercicios que se correspondan con conocimientos ya acreditados en las pruebas que se hubieran superado para acceder a la condición de laboral...*”) y art.6.4 de la Resolución de 29 de junio de 1993 reguladora de la funcionarización en el Principado de Asturias.

¹⁷² “*De poco razonable*” fue calificado en su momento la exigencia de nuevo de pruebas ya superadas en la selección como trabajadores fijos (SALA FRANCO, Tomas y CAMPS RUIZ, Luis Miguel: “*La clasificación de puestos de trabajo y el cambio de funciones del personal de la Generalitat Valenciana*”. DGFP de la Comunidad Valenciana. Valencia, 1990., pág.32.)

¹⁷³ Son numerosos los ejemplos; siguiendo la legislación extremeña, muy generosa en cuanto a la fórmula de acceso por funcionarización, el Acuerdo Administración-sindicatos de 25-1-1995 (BOE 17-2-1995) instituye un proceso compuesto por una prueba práctica, un curso de formación y una fase de valoración de méritos, excluyéndose de la primera de las pruebas a quienes hayan superado ya pruebas selectivas para ser trabajador fijo.

¹⁷⁴ En este mismo sentido, MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.116.

V.2.- Contenido de la fase de oposición.

V.2.1.- Introducción.

La fase de oposición se instituye en la normativa estatal con carácter eliminatorio, sin que sea posible aplicar una parte o toda la puntuación de la fase de concurso para superarla¹⁷⁵, esto es, el denominado sistema de “*mochila*” que como analizamos en la primera parte (capítulo tercero) de esta tesis, fue proscrito por la doctrina del Tribunal Constitucional; esta no aplicación es común no sólo a los textos legales y reglamentarios sino también en las propias bases y/o convocatorias consultadas.

En cuanto al contenido propiamente dicho de esta fase, la normativa legal y convencional en el ámbito estatal, y en general la autonómica y local, establecen un marco que, salvando las distancias, puede darse como común en los siguientes aspectos: una adecuación de la fase de oposición al colectivo de aspirantes participantes, concretado en una multiplicidad de circunstancias, y una disminución generalizada de los niveles de exigencia o de rigor en las pruebas a superar.

Estableceremos en primer lugar los rasgos básicos de ambos principios, para a continuación desarrollar los más significativos rasgos en que se ha concretado tal fase de oposición.

a) adecuación de la fase de oposición al colectivo de aspirantes participantes.

Se deduce con carácter unánime una clara voluntad de adecuar el contenido de la fase de oposición al colectivo de trabajadores que participarán, fruto tanto de una necesidad práctica – son los recursos humanos que integran la entidad pública- como de la negociación con sus representantes unitarios y sindicales. En este sentido, puede establecerse un doble criterio¹⁷⁶:

¹⁷⁵ Así lo prevé el art.9.6 de la OM de 27-3-1991 y las normas autonómicas; también la referencia aparece de manera reiterada en los textos de bases y convocatorias, por lo que obviamos la cita de éstas y aquellas.

¹⁷⁶ En idéntico sentido se expresaban tanto el Acuerdo Administración estatal-sindicatos para el período 1995-1997 como el Acuerdo entre la FEMP y los sindicatos para la función pública local.

1º.- Las normas formulan la adecuación del contenido de la fase de oposición al nivel profesional del Cuerpo o Escala a que se vaya a acceder.

2º.- La concreción de tal adecuación se articula a través del *área de actividad*. En este sentido, el criterio general es la sectorialización de las convocatorias y la exigencia de conocimientos relacionados con las tareas que se llevan a cabo en cada área de actividad, si bien hay excepciones a tal regla, pero son las menos: en la mayoría de los supuestos, los temarios son especializados y en las pruebas prima generalmente el contenido práctico sobre el teórico.

b) la disminución generalizada de los niveles de exigencia o de rigor en las pruebas a superar.

Es uno de los aspectos más destacados, derivado claramente del anteriormente citado. Aunque todas las generalizaciones son peligrosas, del análisis exhaustivo del marco legislativo y reglamentario así como de las bases y convocatorias consultadas, pueden extraerse un conjunto de notas referenciales, que conforman el papel que la oposición juega en el proceso de funcionarización, tanto si es como integrante del procedimiento de concurso-oposición o, como veremos en su momento, simplemente como fase única de oposición.

V.2.2.- Las características específicas de la fase de oposición en los procesos de funcionarización.

Aunque es una tarea difícil, habida cuenta la gran dispersión de bases y convocatorias efectuadas desde 1991 hasta diciembre de 2003 –fecha de cierre de la elaboración de la presente tesis-, la complejidad legislativa y reglamentaria derivada de nuestro Estado descentralizado –que obliga a examinar no sólo la normativa estatal, sino también la autonómica y la plasmación concreta en las Corporaciones locales y las Universidades públicas-, nos ha permitido establecer, con todas las cautelas necesarias, algunos comunes denominadores que nos sitúan, o enmarcan, en los grandes ejes en que se ha asentado la fase de oposición en los procesos de funcionarización llevados a cabo en nuestro país y que a continuación plantearemos en los subapartados V.2.2.1 a V.2.2.8.

V.2.2.1.- La disminución generalizada del nivel de exigencia en la acreditación de conocimientos en la fase de oposición.

Esta característica es muy general, en todos los ámbitos administrativos consultados. Sus rangos fundamentales se concretan en los siguientes aspectos:

a) fruto de la negociación con las organizaciones sindicales, las normas consultadas insisten en el reconocimiento de la experiencia profesional y la vinculación con la Administración convocante de los candidatos que opten al puesto de funcionario, lo que supone el reconocimiento directo de una menor exigencia en el contenido teórico a evaluar, al menos desde la perspectiva de la extensión del programa. Ello se concreta en el ámbito estatal en una reducción significativa del número de temas que componen aquel programa o temario, lógica seguida casi unánimemente por parte de las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales¹⁷⁷.

¹⁷⁷ La relación de ejemplos sería interminable y además variables en función de cada respectiva Administración y no siempre equivalentes en el tiempo para la misma entidad pública. A meros efectos aproximativos, puede resaltarse que el pacto tercero del Acuerdo Administración estatal-sindicatos de 22 de julio de 1997 fija en 70 temas el programa de acceso al grupo A, estructurados en 40 temas comunes y 30 específicos; 48 temas para el acceso al grupo B, divididos en 28 comunes y 20 específicos; 20 temas para el grupo C; 8 temas para el grupo D; ya en convocatorias específicas, pueden destacarse numerosas disfunciones entre unas y otras: los 10 temas exigidos para acceder a la Escala de titulados medios (grupo B) del Ministerio de Transporte (BOE 10-6-1993) equivalen a lo exigido en los 10 temas para acceder a las 1288 plazas de Auxiliares Administrativos del INEM (BOE 4-1-1996); mientras para Administrativos del INEM (625 plazas) se requería un temario de 17 temas (BOE 4-1-1996), para Técnicos Superiores facultativos del MOPU (grupo A, 194 plazas) tan sólo se exigía 15 temas (BOE 9-6-1993). Por el contrario, pueden localizarse convocatorias en donde el nivel de exigencia es muchísimo más alto: 106 temas para acceder al grupo B del Ministerio de Economía (BOE 13-10-1993), 116 temas para el ingreso como Arquitecto del Ministerio de Fomento (BOE 30-11-2001) ó 90 temas para la funcionarización de los Técnicos Superiores del INSS (BOE 8-3-1996); en cualquier caso, todo ello es proporcionalmente menos exigente que lo se requiere por turno libre o de promoción interna. No hemos podido acreditar una justificación coherente a estas disfunciones tan acusadas, más allá de que los programas parecen ser negociados de forma descentralizada, dependiendo en cada caso del Ministerio u Organismo afectado y quizá –más como intuición que como dato constatable- un cierto incremento en el volumen del temario a partir de la segunda mitad de la década de los noventa.

El esquema referenciado también es extrapolable al ámbito autonómico y local. En la Administración de Castilla-La Mancha, se instituyen 30 temas para acceso al grupo A; 25 para el grupo B; 15 para el grupo C y 8 para el grupo D (Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas); en el ámbito local, el Ayuntamiento de Calahorra es un buen ejemplo –quizá el más destacado- de simplificación máxima *ad personam*: con independencia del grupo de clasificación o el Cuerpo o Escala, el temario se compone de dos únicos temas, iguales para todos: asistente social (BOLRi 19-6-2001 y 27-11-2001), inspector de consumo (BOLRi 24-11-2001), trabajador social, técnico auxiliar de juventud, jefe de grupo (BOLRi 23-1-2003), entre otros muchos. En cambio, para funcionarizar tres plazas de oficial fontanero y subalterno en la misma

b) Los ejercicios previstos suponen una simplificación de la dificultad ordinaria –más allá de lo dicho sobre el contenido teórico a evaluar- de los procesos selectivos en la Administración del Estado y con mayor amplitud en la Administración autonómica y local.

La Administración estatal regula con precisión el desarrollo de los ejercicios, que por lo general consisten en cuestionarios de preguntas con respuestas alternativas, ejercicios tipo test o desarrollo de temas, con una cierta libertad de elección, o respuesta a preguntas de forma breve¹⁷⁸. La asunción de la experiencia profesional y de la antigüedad como laboral acontece – aunque no siempre, pues no hay un patrón o común denominador- así en una doble faceta: en la fase de méritos, posterior, pero en la propia concepción de la fase de oposición, que se simplifica en gran medida.

c) es habitual constatar un esfuerzo de eliminación de dificultades en la preparación teórica y práctica al unirse en muchos casos las acciones formativas de funcionarización con otras, como es el supuesto de la formación para la promoción, a fin de que el estudio para una y otra circunstancia no suponga una doble tarea para el aspirante¹⁷⁹.

corporación (ambas, BOLRI 26-6-2001), se exige a cada uno de ellas 16 y 8 temas, respectivamente. A lo largo del presente capítulo nos referiremos con más detalle a supuestos igualmente significativos.

¹⁷⁸ Este es el esquema seguido en el Acuerdo Administración estatal-sindicatos de 22 de julio de 1997 para la funcionarización de Cuerpos y Escalas interdepartamentales. Así, entre otros, para la funcionarización del grupo A se estructura en dos ejercicios; el primero es un cuestionario de veinte preguntas a responder por escrito de forma “*muy breve*” y un segundo ejercicio que supone el desarrollo por escrito y lectura ante el Tribunal de dos temas del programa de materias específicas (treinta temas) elegidos al azar entre cuatro, a desarrollar en tres horas; para el acceso al grupo C, el primer ejercicio consiste en un test de sesenta preguntas de conocimientos, con tres respuestas alternativas, y un segundo ejercicio con dos casos prácticos a elegir entre cinco propuestos, con cinco preguntas en cada caso y con tres respuestas alternativas ya previamente descritas en el examen.

¹⁷⁹ Vid. Plan de Empleo del INEM (apartado quinto) aprobado por Resolución de 19-6-1995 (BOE 23-6-1995) o Plan de Empleo de la Agencia Tributaria, al materializar la funcionarización “*de forma paralela al proceso de promoción interna del mismo grupo de titulación y con idéntico temario*” (apartado quinto, Resolución de 19-2-1996, BOE 27-2-1996).

V.2.2.2.- Características y contenido de los programas y temarios establecidos en las bases y/o convocatorias.

a) en numerosas ocasiones, fundamentalmente en el ámbito autonómico y local, los programas y temarios, tal como hemos ya avanzado, son simples apéndices formales para acreditar un concurso-oposición que en la práctica suponen un concurso de méritos, habida cuenta la escasa o prácticamente nula entidad de aquellos¹⁸⁰. Tal actuación nos parece una aplicación torticera del espíritu y del contenido de las normas reguladoras de la funcionarización, sin perjuicio de entender que para determinados puestos de trabajo, especialmente los de menor cualificación, la fórmula del concurso-oposición con pruebas teóricas o prácticas ciertamente aparece muy desvirtuada cuando los candidatos acreditan largos períodos de experiencia profesional en niveles profesionales del grupo E¹⁸¹.

b) para las Corporaciones locales, debemos plantear la posible colisión entre la previsión del art.102.2 LBRL y el art.8 del Real Decreto 896/1991 y los programas que aprueba cada entidad local para funcionarizar. Según estas disposiciones, corresponde a la Administración del Estado establecer los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios y, así, el art.8 del Real Decreto 896/1991, de carácter básico según la DA 1ª, prevé unos contenidos y programas mínimos en función de la titulación y especialidad de la plaza, aunque corresponde a la Corporación local establecer los temas concretos. En concreto, pues, la norma estatal instituye unos contenidos mínimos del

¹⁸⁰ La Orden 71/2001 de 27 de junio de la Consejería de Desarrollo autonómico y Administraciones públicas de La Rioja regula el proceso de funcionarización instituyendo un programa de 6 temas para los grupos A y B, 3 para el grupo C y 2 temas para los grupos D y E, todos ellos por lo demás absolutamente generalistas (Constitución, Estatuto de Autonomía, etc.); idéntico esquema se reproduce en la muy reciente Orden 127/2003 de 26 de diciembre de la Consejería de Administraciones Públicas y Política Local. El supuesto más extremo quizá el del Ayuntamiento de Calahorra, en donde la funcionarización supone, en numerosos casos, la superación de único temario de dos temas, idénticos con independencia del grupo de clasificación o tipo de puesto de trabajo (asistentes sociales, BOLRi 19-6-2001 y 23-1-2003, jefe de grupo BOLRi 23-1-2003, inspector de consumo, BOLRi 23-11-2001, etc.).

¹⁸¹ En la funcionarización de una plaza de peón albañil del Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003) el programa se compone de cinco temas, con un contenido *sustantivo* tal como “*modo de colocación de los discos de señalización en vías públicas*” o “*herramientas necesarias para la colocación de aceras*”.

programa desglosados en materias comunes¹⁸², materias específicas relacionadas con las funciones y tareas atribuidas a la Escala, subescala o clase, y finalmente señala un número mínimo de temas a exigir en la prueba¹⁸³, si bien es posible que las entidades locales adicionen a tales contenidos mínimos los temas que consideren necesarios para seleccionar a los aspirantes más cualificados. Prácticamente de forma unánime esta prescripción ha sido obviada por las bases y/o convocatorias de funcionarización de los entes locales, en donde ni el número mínimo de temas ni el contenido cumplen los requisitos del art.8 del Real Decreto 896/1991. No nos parece, en todo caso, una infracción de la norma, habida cuenta el carácter excepcional del proceso de funcionarización y sus particularidades; la propia Administración del Estado y la autonómica ha reducido los temarios, apartándose de las normas reglamentarias que establecen los programas para el acceso por turno libre o promoción interna y entendemos que ello debe igualmente aplicarse al ámbito local, sin perjuicio de lo que luego señalaremos¹⁸⁴.

V.2.2.3.- El empleo generalizado de pruebas tipo test.

Sin duda es una de las características más usuales, detectándose una tendencia muy mayoritaria a obviar ejercicios teóricos o prácticos consistentes en un desarrollo escrito o oral de las respuestas, para potenciar la evaluación a través de esta fórmula más rápida de corregir y más aséptica en cuanto a su valoración por parte del Tribunal.

Entendemos que a pesar de la singularidad del proceso selectivo de funcionarización, el habitual recurso a los formularios de respuestas tipo test deben respetar toda una serie de principios, aunque los aspirantes sean trabajadores fijos de la Administración convocante y, por tanto, conocidos todos o gran parte de ellos por los propios miembros del Tribunal,

¹⁸² Las materias comunes constituyen, al menos, una quinta parte de dicho contenido y deben versar sobre la CE, la organización del Estado, el Estatuto de Autonomía, el régimen local, derecho administrativo general, hacienda pública y administración tributaria.

¹⁸³ En concreto, el número mínimo de temas son de 90 para el grupo de clasificación A, 60 para el B, 40 para el C, 20 para el D y 10 para el E.

¹⁸⁴ Lo que no impide que algunas Corporaciones locales –las menos- se refieran o remitan al Real Decreto 896/1991 a la hora de establecer los programas mínimos (así, Ayuntamiento de Segovia, BOCyL 11-7-2002).

especialmente en el ámbito de las Corporaciones locales pequeñas y medianas o en las Universidades públicas. En este sentido, las preguntas tipo test y su incidencia sobre los derechos fundamentales deben respetar el criterio de proporcionalidad, de tal manera que ponderen adecuadamente las necesidades de la Administración con el conocimiento de la idoneidad de los aspirantes laborales, ya sea tanto psicológicamente como en relación al puesto de trabajo a ocupar –o mejor dicho, que continuará ocupando, tanto si supera la prueba como sino-, y lógicamente también en relación a los aspectos de intimidad personal, familiar (art.18 CE) e ideológico, religioso o de creencias (art.16.2 CE).

Para una correcta utilización de las pruebas tipo test en un proceso de funcionarización creemos que, al amparo de la normativa vigente y de los criterios jurisprudenciales, deben cumplirse siempre un conjunto de requisitos básicos¹⁸⁵:

- las pruebas psicotécnicas de aptitudes y capacidades intelectuales del personal laboral fijo deben ser complementarias; no deberían tener el carácter de prueba única o eliminatoria ni un peso decisivo en relación con las pruebas de valoración de conocimientos. Sin embargo, los procesos de funcionarización prevén en no pocos casos la selección a través de este tipo de pruebas con carácter exclusivo, especialmente para los grupos de clasificación E y D.

- las pruebas de personalidad no parece que sean adecuadas para el proceso de funcionarización. Si bien la doctrina y jurisprudencia las acepta para puestos en que un determinado modelo de conducta es fundamental e indispensable, incluso con carácter eliminatorio –así, Cuerpos y Fuerzas de seguridad-, entendemos que ello ya no acontece en un proceso de funcionarización pues tal adecuación, si hubiera sido necesario evaluarla, ya lo fue en su momento y, en todo caso, durante el período de prueba del inicial contrato de trabajo.

De ambas consideraciones concluimos que sólo las primeras son posibles (psicotécnicas), no así las segundas (personalidad) y, por consiguiente, aquellas sí podrán valorar tal aptitud o capacidad, no así, a través de los tests de personalidad, las conductas. Las que se lleven a cabo

¹⁸⁵ Seguimos en este punto las previsiones mantenidas por MAURI MAJOS (“*La selecció...*”, ob.cit., pág.158-159), adaptadas por nosotros al proceso de funcionarización.

para tal primer objetivo deben observar una idoneidad en relación a la finalidad de lo medido: se exige una normalización de su contenido, fiabilidad y validez contrastada, para que prediga la aptitud y conocimientos de forma correcta.

V.2.2.4.- Contenido de la fase práctica de la oposición.

a) la aplicación del art.19.1 LMRFP supone que, al menos, uno de los ejercicios de un proceso de selección debe tener un carácter práctico, y de ahí que la doctrina judicial haya declarado la nulidad de bases que no incluyan entre sus ejercicios ninguna prueba práctica; además, la obligatoriedad de un ejercicio práctico se ha entendido como norma a aplicar con carácter supletorio respecto de las normas específicas o las generales que aprueben las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales (STSJ Canarias/Santa Cruz 28-11-1997), y cabría discutir por ello si tal consideración es igualmente predicable a la funcionarización.

No hay razones para entender que tal criterio del art.19.1 de la LMRFP no pueda ser de aplicación en la funcionarización, pero entendemos también que tal jurisprudencia, formulada para los procesos selectivos libres, no es de aplicación directa e incondicionada al proceso de funcionarización. Así, aunque pueda calificarse de razonable un ejercicio práctico al contrario, no lo es así su obligatoriedad, por cuanto hay un factor específico que lo mediatiza, y que permite incluir a este proceso como uno de los supuestos de excepción que ha validado la doctrina judicial, amparado en “*excepciones debidamente justificadas*”. Tal justificación, en la funcionarización, es que la experiencia práctica ya se acredita en la fase de concurso mediante la valoración del tiempo de servicios prestados en la condición de laboral fijo en el puesto convocado, por lo que la naturaleza misma del proceso de funcionarización y la fórmula del concurso-oposición permiten, de forma excepcional, que la fase de oposición se componga únicamente de pruebas de contenido teórico (SAN 7-2-2002).

b) lo anterior no impide que, al contrario, se localicen numerosas bases y/o convocatorias que establecen fases de oposición cuyo contenido es únicamente uno o diversos ejercicios

prácticos sobre el contenido del programa, basado en las tareas y funciones del puesto a funcionarizar es una práctica nada infrecuente en todos los órdenes administrativos¹⁸⁶.

V.2.2.5.- Una fórmula *ad hoc* de evaluación: la presentación de memorias o trabajos en base al programa aprobado.

Un ejemplo extremo de tal flexibilización de las pruebas de la fase de oposición es la reducción de esta a la presentación de memorias o trabajos sobre una cuestión del programa o, incluso, sobre las funciones propias del puesto de trabajo, lo que supone en la práctica convertir la oposición o el concurso-oposición en un mero trámite administrativo sin mayor dificultad¹⁸⁷; en procesos de funcionarización de profesorado, no es extraño que tal circunstancia sea a través de un modelo de clase impartida sobre la materia de la que es profesor el aspirante.

¹⁸⁶ Funcionarización de la Universidad de Cantabria, escala auxiliar administrativa (BOC 4-3-2003), como ejemplo del ámbito universitario. En la Administración del Estado, no son escasas las convocatorias con pruebas de ejercicios prácticos y defensa de memorias o proyectos; así, funcionarización de 300 plazas de titulados medios del MOPU o del Ministerio de Transportes (BOE 10-6-1993); la defensa de una monografía escrita de escasa extensión (entre 30 y 50 folios), fue exigida para la cobertura de 129 plazas de Técnicos Medios de OOAA del Ministerio de Economía y Hacienda (BOE 13-10-1993). En la esfera local, podemos destacar la funcionarización de la Diputación Provincial de Valencia, en cuyo acceso a plazas del grupo B (BOP de Valencia 30-12-1994), sobre un temario de 8 temas, además de la exposición escrita de 1 tema a escoger entre 2, se requería la exposición y defensa de una monografía original “*con una extensión máxima de 20 folios a doble espacio*” relativa al programa.

¹⁸⁷ En la funcionarización de la Ciudad de Ceuta, la fase de oposición consiste en desarrollar por escrito un memoria sobre las funciones propias del puesto de trabajo, a la que se atribuye un 55 por 100 del total obtenible en el concurso-oposición, siendo el restante 45 por 100 puntuación derivada de la fase de concurso (Decreto 1499/2003 de 22 de abril). En idéntico sentido, funcionarización del Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002) que establece la presentación de una Memoria entre 15 y 20 páginas, como máximo, para todos los grupos de clasificación, incluidos directivos (así, plaza de Coordinador de Bienestar Social). En el ámbito estatal no ha sido un modelo generalizado, al contrario, aunque pueden localizarse también ejemplos del mismo; así, en la funcionarización de auxiliares técnicos de OOAA, especialidad Sanidad y consumo (BOE 21-7-2000), el primer ejercicio consistía en una exposición escrita de un tema, escogido entre tres sobre un total de temario de ocho temas, y el segundo ejercicio la exposición oral de un trabajo, “*de diez folios como máximo, a doble espacio, relacionado con las actividades del puesto de trabajo*”

V.2.2.6.- Singularidades en torno al carácter eliminatorio de los diferentes ejercicios o pruebas de la fase de oposición.

Se percibe, aunque no con carácter general, una quiebra en el esquema de ejercicios eliminatorios en la fase de oposición, de tal manera que siendo éstos varios, la puntuación final de la oposición se articula como la suma de los diferentes ejercicios, habiéndose de alcanzar una puntuación mínima del cincuenta por ciento en relación al total del ejercicio¹⁸⁸, o incluso permitiéndose el pase con inferiores valoraciones a la media de cinco puntos –o su equivalente- compensándose con otros ejercicios, si bien se asume unánimemente la doctrina del Tribunal Constitucional contrario al sistema de “*mochila*”, por lo que la puntuación en la fase de concurso no puede servir para superar la fase de oposición, con alguna puntual excepción¹⁸⁹. El extremo en cuanto al procedimiento de simplificación supone, en algunas normativas, reducir la fase de oposición a un mero desarrollo escrito de temas muy genéricos o de escasa entidad o, incluso, memorias o exposiciones sobre las funciones propias del puesto de trabajo¹⁹⁰. En el ámbito docente, tal flexibilidad permite establecer fases de oposición cuyo único contenido es impartir una clase sobre el temario que como profesor se aplica habitualmente, a fin de que el Tribunal valore su aptitud pedagógica, la transmisión de conocimientos y los dominios técnicos pedagógicos¹⁹¹.

V.2.2.7.- Incorporación a la fase de oposición de la fórmula selectiva de la entrevista.

Aunque no es una práctica generalizada, pueden localizarse un buen número de bases y/o convocatorias que así lo prevén, ya sea como una fase específica después de la de oposición, o

¹⁸⁸ Acuerdo Administración estatal-sindicatos de 22 de julio de 1997 de funcionarización de cuerpos y escalas interdepartamentales.

¹⁸⁹ En la Universidad de Murcia es posible superar la fase de oposición valorada sobre un total de 40 puntos con únicamente 12 puntos obtenidos, que pueden compensarse para alcanzar 15 puntos con la fase de concurso (BORM 6-9-2002)

¹⁹⁰ Decreto 1499/2003 de 22 de abril de funcionarización de la Ciudad Autónoma de Ceuta.

¹⁹¹ Así, la funcionarización del Cuerpo de Profesores de formación profesional de la Xunta de Galicia (DOG 14-3-2003). El proceso aparentemente es un mero trámite, por cuanto al candidato se le permite escoger la exposición de 1 tema entre 6 extraídos al azar, superándolo si se obtienen 4 puntos sobre un total de 10.

bien como integrante en la fase misma de oposición. Sin carácter eliminatorio en la práctica totalidad de los supuestos, pero pudiendo suponer una parte significativa de la valoración¹⁹²; para plazas de perfiles técnicos y docentes, es habitual permitir que el Tribunal pueda conversar con el aspirante una vez finalizado su ejercicio oral o escrito, siendo posible en este caso prever el carácter eliminatorio de la prueba en su conjunto.

En el primer supuesto, el contenido de la entrevista debe centrarse sobre los conocimientos profesionales y tareas del puesto de trabajo del entrevistado, valorándose los trabajos y las funciones desarrollados en el puesto que se ocupa y, potestativamente, en otros puestos de trabajo, con la finalidad de evaluar el nivel de experiencia adquirido y los conocimientos que le ha supuesto el desempeño de tal o cual puesto¹⁹³. Nuestro parecer es contrario a la introducción de entrevistas en los procesos de funcionarización, partiendo de la finalidad de aquéllas y de éstos.

Doctrinalmente se ha definido a la entrevista de selección como un diálogo entre una persona y otras o diversas con la finalidad de obtener información y evaluar las cualidades del aspirante para el puesto de trabajo; aún siendo un método muy utilizado, las investigaciones científicas que la han analizado lo consideran como poco fiable y de escaso valor para conseguir su finalidad: predecir el desarrollo de una persona en el futuro puesto de trabajo.

En todo caso, la doctrina administrativa entiende que puede aceptarse como método si con ella puede escogerse el mejor candidato para un puesto determinado, siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a) no puede ser el único elemento del proceso selectivo.
- b) que en la fase de oposición no se instituya como prueba o ejercicio eliminatorio.

¹⁹² El Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de pruebas específicas para la integración funcional de la Comunidad de Murcia instituye una entrevista que supone un tercer ejercicio en un global de tres ejercicios ninguno de los cuales es eliminatorio, que se califican globalmente (art.3.4).

¹⁹³ *Vid.* art.3.4 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de funcionarización en la Comunidad de Murcia o el proceso de funcionarización de la Escala Auxiliar de la Universidad Autónoma de Barcelona (si bien, la fase de entrevista era parte de un proceso únicamente de oposición, DOGC 1-3-2000).

- c) que a través de ella, previamente, se haya precisado –en las bases o texto de convocatoria- las competencias específicas que deben ser objeto de análisis y el método para valorarlas¹⁹⁴, de tal manera que el Tribunal valore méritos y capacidades objetivamente precisos o convenientes para el desarrollo del puesto o, más específicamente, aquellos que están orientados a precisar cuáles son los conocimientos, capacidades o aptitudes del puesto¹⁹⁵ (STSJ País Vasco 16-2-1995). Ello implica la nulidad del proceso selectivo en los supuestos en que a través de la entrevista se traten o planteen cuestiones no determinadas por las bases y/o convocatorias o no vinculados con el principio de mérito y capacidad (STSJ Castilla-La Mancha 6-7-1998).

Como hemos expuesto, nuestro criterio es desfavorable a la existencia de entrevistas en el proceso de funcionarización, habida cuenta su finalidad: adaptar el vínculo jurídico de un trabajador fijo a una relación administrativa para continuar desempeñando su mismo puesto de trabajo, cuanto menos, de forma inmediata o, como señalan muchas normas, por un plazo mínimo de dos años a partir del nombramiento. La información y evaluación de las cualidades del aspirante para el puesto son de difícil encaje con la finalidad *material* del proceso, por cuanto si un Tribunal determina que el resultado de tal entrevista es que el trabajador fijo

¹⁹⁴ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.147.

¹⁹⁵ En el *Manual de procedimiento del sistema de provisión de puestos de trabajo por concurso específico para la Administración Pública* elaborado por el MAP en 1990, se establecen un conjunto de pautas que entendemos muy necesarias y vigentes a la hora de encauzar esta fase de entrevista, aunque en nuestro supuesto sea en un ámbito distinto a la de provisión de puestos: el Manual considera a la entrevista –en la provisión de puestos por concurso específico- como “*parte fundamental y decisoria del proceso de selección. La entrevista ha de estar previamente acordada, de forma que todos los matices, informaciones y aspectos relevantes queden adecuadamente cubiertos. Asimismo, habrá de garantizarse, con la plena objetividad, la percepción de los puntos fuertes y débiles de los candidatos.*”. También se señalan los siguientes parámetros: la entrevista debe ceñirse a dos aspectos fundamentales: a lo más destacado del historial profesional del candidato y la respuesta de éste ante preguntas relacionadas con situaciones, hechos o tomas de decisión que pueden darse en el ejercicio del puesto. “*Son dos, pues, los aspectos básicos sobre los que debe versar la entrevista: de un lado, la explotación de la experiencia profesional, y, de otro, la comprobación de las actitudes y capacidades psico-profesionales del candidato.*”. El Manual entiende que una entrevista no puede ser excesivamente larga, prolija o que trate o se mantenga en torno a cuestiones triviales o ajenas directamente al objeto del proceso. Igualmente se insiste en la necesaria profesionalidad, objetividad, discreción y tacto por parte del entrevistador o entrevistadores, que implique igualmente que el candidato esté cómodo y relajado. Finalmente, el Manual requiere que “*bajo ninguna circunstancia puede intentarse invadir la intimidad del candidato, hacerle caer en errores o contradicciones, confundirle o dejarle en inferioridad de condiciones frente a otros candidatos.*”.

carece de esas cualidades, fruto de la percepción –subjetiva- del Tribunal, el resultado no es otro que la segura continuidad del mismo empleado en el puesto que ya ocupa, como laboral. La entrevista se transforma, así, en una especie de reválida o rememoración de la carrera profesional, finalidad ésta que colisiona con el proceso de funcionarización¹⁹⁶.

En todo caso, de darse –podríamos defender su lógica para supuestos en que no hubo en su momento proceso selectivo para ser trabajador fijo o que, de haberlo habido, fue lejano en el tiempo-, la entrevista debe tener un carácter complementario, no eliminario, y en absoluto como único elemento del proceso selectivo¹⁹⁷, con un peso no decisivo en relación con las pruebas de valoración de conocimientos y ha de centrarse en el currículum del aspirante a funcionarizarse o sobre las competencias requeridas para el ejercicio correcto de su puesto de trabajo¹⁹⁸.

V.2.2.8.- Supresión o convalidación de ejercicios teóricos y/o prácticos.

Finalmente, hemos de referirnos a la que posiblemente supone una de las hipótesis más importantes en la fase de oposición: la posibilidad, ya apuntada con anterioridad, de convalidar ejercicios que en su momento ya se superaron para acceder a la condición de laboral., lo que implica, por otra parte, la segunda de las circunstancias también más relevante: las pruebas a superar por los trabajadores fijos serán –o deben ser- de contenido análogo a las del turno libre. Una mayoría de bases y/o convocatorias basan el proceso en el reconocimiento de tal convalidación, pudiéndose localizar incluso supuestos que lo que aparentemente es un

¹⁹⁶ En este sentido, es significativa la finalidad de la entrevista en los distintos procesos de funcionarización aprobados por el Ayuntamiento de Cartagena: con ella se pretende “*apreciar los trabajos y las funciones desarrolladas en los distintos puestos de trabajo desempeñados por los aspirantes en la Administración Pública, información necesaria para evaluar la aptitud, la experiencia y conocimientos obtenidos en su carrera profesional...*” (entre otros, BORM 17-4-2001).

¹⁹⁷ El Ayuntamiento de Totana califica de oposición al proceso de funcionarización de diversas plazas de los grupos A, B, C, D y E cuya prueba selectiva consiste exclusivamente en una entrevista evaluadora de los conocimientos adquiridos en los cursos de formación, obteniéndose una nota final de apto o no apto (BORM 3-9-2002).

¹⁹⁸ De ahí que se haya planteado la necesidad de que el Tribunal acuerde previamente las preguntas y temas a plantear, de forma uniforme a todos los aspirantes, los criterios para valorarlos y seguir el mismo proceso de evaluación con todos ellos (MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.151).

concurso-oposición u oposición, en la práctica supone un concurso de méritos, al convalidarse de forma completa tales primigenios ejercicios.

La DT 15ª LMRFP establece que se valorarán como mérito “...*las pruebas selectivas superadas para acceder...*” a la condición de laboral. En este sentido, la Orden de 27-3-1991, -seguida en términos parecidos pero también en ocasiones muy plurales por la legislación autonómica¹⁹⁹- prevé que “*las pruebas serán, en principio, de contenido análogo a las del turno libre, si bien se podrán suprimir aquellos ejercicios que se correspondan con conocimientos ya acreditados en las pruebas que se hubiesen superado para acceder a la condición laboral*” (art.9.4.).

Varias son las consideraciones que creemos necesario efectuar:

1ª.- En el ámbito estatal se detecta una cierta diferencia entre la redacción de la DT 15ª y la Orden de desarrollo. Mientras la primera permite valorar como mérito las pruebas superadas para acceder, y por tanto instituye aquel primigenio proceso de acceso a la condición de laboral como “*mérito*”, en la Orden de 27-3-1991 tal mérito se transforma en la posibilidad de suprimir ejercicios específicos que correspondan a conocimientos acreditados en aquel momento. No nos parece que la Orden incurra en *ultra vires*, siempre que entendamos que tal *supresión* acontece en procesos selectivos en que todos los hipotéticos candidatos superaron en su momento tal prueba para acceder a la condición de laboral, cuestión que la Dirección de Recursos Humanos del ente público deberá acreditar. Si hubiera algún supuesto –aunque sólo fuera un candidato- que no tuviera el mencionado requisito, las bases –entendemos- deberían incluir tal prueba y, eso sí, eximir, convalidar o puntuar según diversos criterios, a los aspirantes que sí la efectuaron.

¹⁹⁹ Así, en Cataluña, frente a la norma general que prevé la posible –pero no obligatoria- valoración del expediente administrativo del trabajo (LFP Cataluña), leyes específicas excluyen directamente a todos los candidatos de posibles ejercicios relacionados con su trabajo o puesto al instituir una presunción de considerarse que los han “*superado*” o “*alcanzado*” (art.6 de la Ley 24/2002 de 18 de noviembre de creación de la especialidad de educación social en el cuerpo de diplomados de la Generalitat); por el contrario, la DT 3ª de la Ley 17/2002 de 5 de julio de ordenación del sistema de empleo de Cataluña no valora en ningún caso tales pruebas superadas, quizá porque mayoritariamente se trata de trabajadores subrogados por los procesos de transferencias del INEM.

2ª.- En segundo lugar, la norma estatal no establece una equivalencia absoluta y forzosa entre el contenido de unas y otras pruebas ya realizadas y las que serán objeto de realización. La expresión “*en principio*” matiza cualquier rotundidad. A nuestro juicio, debemos interpretar tal expresión y la referencia a la analogía bajo las siguientes premisas:

a) la selección para funcionarizar debe cuidar, al igual que las pruebas por turno libre, de forma especial la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación a los puestos a desempeñar, de conformidad con el art.19.1 LMRFP.

b) sin embargo, entendemos que tal principio no supone que el contenido de las pruebas en la funcionarización deba ser igual a las del turno libre, si el acceso es a idéntico Cuerpo, Escala, clase o categoría, pues funciona el factor no de la identidad absoluta sino del “*contenido análogo*”.

c) la expresión “*en principio*” debe entenderse como una modulación de la regla general; “*análogo*” supone relación de semejanza, pero no de identidad o igualdad absolutas, pues implica un elemento de distinción entre dos ideas o cosas²⁰⁰; de tal forma que será posible incluir en las pruebas de funcionarización otras pruebas distintas, pero más adaptadas a las especificidades de los trabajadores funcionarizables. Esto es, aunque el acceso sea a la Escala Administrativa, no necesariamente el programa será el mismo que para el turno libre si la convocatoria específica es para funcionarizar a los administrativos del Ministerio de Trabajo, en cuyo caso podrá incluirse una parte del programa y de las pruebas teóricas y prácticas que atiendan a esta especificidad. A nuestro juicio, ambas expresiones matizan y modulan dos realidades diferentes, aunque semejantes: el acceso a la condición funcionarial, por fórmulas distintas; en un supuesto por parte de alguien que accede por turno libre o promoción interna y por otra por parte de alguien que ya ostenta la condición de laboral fijo y desarrolla el trabajo o función atribuida al puesto.

²⁰⁰ El calificativo “*análogo*” proviene del término “*analogía*”, según la RAE, definiéndose ésta como “*relación de semejanza entre cosas distintas*” o como “*razonamiento basado en la existencia de atributos semejantes en seres o cosas diferentes*” (Diccionario de la RAE, 22ª edición, 2001). En lengua catalana, “*anàleg*” supone también una “*relació de semblança entre coses diverses, relació entre dues o més coses que tenen quelcom de comú, semblança de relacions*” (Gran Diccionari de la Llengua Catalana, 1998).

3ª.- el alcance de los ejercicios y pruebas de posible supresión es uno de los aspectos más conflictivos. La norma posibilita la supresión de pruebas o ejercicios que correspondan con conocimientos ya acreditados a través de pruebas y ejercicios efectuados para acceder a la condición de trabajador fijo: el criterio es, pues, que la Administración no renuncia a probar la capacidad de los trabajadores a funcionar sino que tal comprobación existe, si bien en un momento temporal diferente, que se retrotrae a la fecha de realización de las pruebas para acceder a la condición de laboral fijo²⁰¹. Sin embargo, es necesario precisar lo siguiente:

a) la supresión no debe implicar la ausencia de valoración de tal prueba o ejercicio, por cuanto en este supuesto el resultado final de los diferentes aspirantes estará distorsionado, pues unos acumularán más puntuación que los que tienen una parte convalidada. En este sentido se han empleado tres prácticas distintas:

1º.- atribuir la puntuación obtenida en su momento en la superación de las pruebas como laborales²⁰².

2º.- asignar una valoración fija con independencia de la que se obtuvo en su momento, optándose en unas convocatorias por la atribución de la puntuación mínima para superar el ejercicio²⁰³, modelo seguido en la convalidación de pruebas de funcionarios españoles de organismos internacionales para el acceso a la función pública española (Real Decreto 182/1993 de 5 de febrero, art.5) pero también son numerosas las que atribuyen

²⁰¹ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.129.

²⁰² Funcionarización del Ayuntamiento de Palencia (BOCyL 3-1-2002); funcionarización del Cuerpo de Técnicos Superiores del INSS (BOE 8-3-1996) o de los grupos A,B,C,D y E de la Diputación Provincial de Tarragona (BOP Tarragona 14-4-1999) o los diferentes procesos llevados a cabo en el Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona (BOP de Barcelona 20-10-1998, 8-1-2000 y 11-5-2001).

²⁰³ Así la otorgación de la puntuación mínima para superar el ejercicio puede constatarse en la Administración del Estado: funcionarización de la Escala de titulados de Escuelas técnicas de grado medio de OOAA del Ministerio de transporte (BOE 10-6-1993) y del Ministerio de Obras Públicas (*idem* fecha BOE); Técnicos facultativos superiores del MOPU (BOE 9-6-1993)

directamente la puntuación máxima²⁰⁴ o una denominada puntuación “*constante*” que es igual para todos los trabajadores²⁰⁵;

3º.- finalmente, no otorgar ninguna puntuación, al considerar el ejercicio como eximido a todos los efectos.

Por un criterio de racionalidad e igualdad, apostamos por la aplicación de la puntuación que en su momento se obtuvo para acceder a la condición de laboral fijo. Supone ello también que debería ser posible que el trabajador que lo desee pueda renunciar a tal derecho de convalidación y llevar a cabo la prueba o ejercicio, asumiendo el resultado de la misma, en lo de positivo o negativo que pudiera tener²⁰⁶. No obstante, debe señalarse que esta opción, permitida –por deducción– por la OM de 27-3-1991, no ha sido incorporada con carácter general por las convocatorias estatales, que optan con carácter muy mayoritario por valorar tales pruebas superadas en su momento, pero no permiten su repetición en el proceso de funcionarización.

b) en todo caso, creemos improcedente, la fórmula de la doble valoración de estas pruebas a través de su convalidación y, a la vez, de su cómputo como mérito en la fase de concurso. Tal opción consiste en eximir al candidato de las pruebas cuando tal mérito ya se ha acreditado y, al mismo tiempo, valorar como mérito en la fase de concurso las pruebas selectivas ya superadas, incurriéndose así en una doble valoración: en el concurso y en la fase de oposición²⁰⁷.

²⁰⁴ Funcionarización de la Universidad de Sevilla (BOE 17-10-1995) o proceso del Organismo de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona (BOP Barcelona 17-1-1997).

²⁰⁵ Es el recurso empleado en la funcionarización del antiguo Organismo Autónomo de Correos y Telégrafos (*vid.*, entre otras, la convocatoria de 1023 plazas de auxiliares de clasificación y reparto, BOE 16-4-1997).

²⁰⁶ En este mismo sentido, MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, *ob.cit.*, pág.129. Este criterio también es adoptado por el Real Decreto 182/1993 de 5 de febrero sobre convalidación de pruebas en el acceso de funcionarios de nacionalidad española de Organismos Internacionales a los Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado.

²⁰⁷ Ejemplo de ello puede constatarse en la funcionarización de 27 plazas de titulados medios del Ministerio de Transportes o 300 plazas de Titulados medios del MOPU (ambas, en BOE 10-6-1993).

c) La convalidación de pruebas, en todo caso, debe tener como parámetro un elemento objetivo previo al inicio del proceso selectivo, esto es, la superación en su momento de pruebas para acceder a la condición de laboral.

En este sentido, entendemos jurídicamente improcedente que tal convalidación quede condicionada a factores integrantes del proceso selectivo, aunque también se requiera aquella superación. La funcionarización del personal laboral de la Comunidad de Murcia ha instituido una modalidad de convalidación que precisa haber superado en su momento un proceso selectivo para ingresar como laboral y, además, superar con calificación de apto el primero de los tres ejercicios instituidos en el proceso, de tal manera que si no se supera este, el aspirante, aun habiendo realizado la prueba en su momento, debe aprobar la segunda parte, de contenido práctico y la tercera, consistente en una entrevista ante la Comisión evaluadora²⁰⁸. La convalidación acontece, pues, en base a la superación de un requerimiento selectivo que no guarda relación alguna con la valoración del mérito y capacidad que supone haber accedido a laboral por pruebas selectivas²⁰⁹.

d) El aspecto más conflictivo se basa en establecer hasta que punto es posible suprimir la totalidad de las pruebas o ejercicios. En este punto, se han planteado dos posiciones doctrinales que, además, han sido asumidas ambas por la legislación y las convocatorias y bases específicas de funcionarización

Una primera posición, que calificaríamos de *flexible*, entiende que no es exigible a los aspirantes laborales volver a realizar pruebas o ejercicios ya superados en su momento, de tal manera que si hay coincidencia total entre aquellos y los previstos en la funcionarización, deben quedar exceptuados²¹⁰.

²⁰⁸ Así lo preveía el art.3.5 del derogado Decreto 102/1991 de 7 de noviembre y, de nuevo, el vigente Decreto 87/1994 de 9 de diciembre regulador de las pruebas específicas para la integración funcionarial.

²⁰⁹ Por aplicación del principio de equivalencia entre norma autonómica y local, el modelo del referido Decreto 87/1994 ha sido seguido por una gran mayoría de corporaciones locales de la Comunidad de Murcia.

²¹⁰ Es el modelo asumido en la funcionarización de la totalidad de la plantilla laboral de la Diputación Provincial de Barcelona y sus OOAA. En este sentido, “*el personal que acredite haber superado un proceso selectivo por oposición o concurso-oposición libres para el acceso a la plantilla laboral de (...), que haya cumplido todos los requisitos establecidos en la Ley 30/1984 de 2 de agosto –convocatoria pública, incluida*

Una segunda tesis, *restrictiva*, entiende que hay tener en cuenta dos premisas: la primera, que los servicios prestados como laboral no pueden suplir la necesidad de demostrar la capacidad desde la perspectiva de los conocimientos para acceder a la condición de funcionario y, segunda, que el principio de capacidad obliga a que tales trabajadores fijos deban probar sus conocimientos para el acceso a la función pública, siendo para ello el elemento de prueba el contenido de la fase de oposición.

En consecuencia, podrán convalidarse tales pruebas, siempre que el nivel de exigencia fuera exactamente el mismo ahora y en el momento del proceso de selección laboral, pero en modo alguno podrá convalidarse años de servicios por pruebas, o superar la fase de oposición mediante los méritos de la fase de concurso o no otorgar a la fase de oposición un valor eliminatorio: todas estas opciones suponen una inconstitucionalidad manifiesta²¹¹. A ello se añade una consideración ofrecida por la doctrina del Consejo de Estado²¹², según la cual, la inconstitucionalidad de tal posibilidad se basa en la DT 15ª LRMFP: el parecer del Consejo es que tal disposición tiene el carácter de norma básica, derivada de ser una excepción a la regla general y básica recogida en el art.19.1 de la LMRFP, que prevé la selección a través de pruebas públicas, libres y objetivas, de tal forma que “*resulta esencial la realización, en todo caso, de pruebas selectivas...*”, en tanto que la referida norma básica “*no permite la ausencia total de pruebas...*”, aunque estas se sustituyan por cursos de adaptación o, para nuestro caso, por la convalidación de pruebas ya hechas, por cuanto la DT 15ª se refiere a valorar como mérito aquellas, no a su desaparición; en este sentido, considera que el acceso a la condición de funcionario de trabajadores fijos sin superar ninguna prueba, introduce un dato de desigualdad en relación al personal de otras Comunidades Autónomas –esta reflexión sería extensible a todas las esferas administrativas-, al carecer de una fundamentación objetiva y razonable que no guarda relación alguna con los principios de mérito y capacidad²¹³; también

en la Oferta Pública de Empleo, publicado en los diarios oficiales, y con tribunal legalmente constituido...” (entre otros, BOP de Barcelona 11-5-2001).

²¹¹ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selección...*”, ob.cit., pág.129.

²¹² También la doctrina administrativa de la Administración General del Estado. La circular 1/1995 de la Dirección General de la Administración Territorial señala que se atenta contra los principios constitucionales al sustituir el procedimiento del concurso-oposición por la fórmula del curso selectivo.

²¹³ Dictámenes del Consejo de Estado núm.1110 de 30 de junio de 1994 y núm.2457 de 5 de junio de 1997.

la STC 388/1993 incidió en que las leyes autonómicas deben garantizar a todos los ciudadanos en cualquier lugar de España la vigencia del mérito y la capacidad como criterios en el acceso a la función pública. La posición del Consejo de Estado fundamenta su rechazo en los preceptos constitucionales, de tal forma que aunque sea una ley, estatal o autonómica, la que articule la funcionarización, su inconstitucionalidad sería idéntica.

Sin embargo, a nuestro juicio, esta segunda tesis que hemos calificado de *restrictiva* no creemos que contradiga –excepción hecha de la posición más radical, mantenida por el Consejo de Estado- las posibilidades que ofrece la primera opción presentada. A nuestro juicio, será posible una convalidación total de los ejercicios y pruebas si se lleva a cabo una aplicación e interpretación ordenada de las normas.

Así, creemos que será posible tal convalidación total si acontecen los siguientes parámetros:

- no puede renunciarse a que el trabajador fijo pruebe su capacidad en el acceso a la condición de funcionario. En este sentido, compartimos el criterio restrictivo de que no es factible convalidar las pruebas por otros criterios, como es el supuesto de servicios prestados²¹⁴ o cursos de formación, fórmula esta última adoptada en determinadas Comunidades Autónomas, como luego tendremos ocasión de analizar.

- la convalidación de una prueba, varias o de todas ellas debe hacerse bajo la perspectiva de que no sólo el contenido de los programas de selección sean idénticos –y, por consiguiente, el procedimiento de acceso, esto es la oposición o el concurso-oposición -, sino también que los niveles de exigencia hayan sido iguales entre aquellos trabajadores fijos y el acceso al Cuerpo o Escala funcional, presumiéndose que ello acontece si el programa y el tipo de pruebas son idénticas o muy similares, no sólo entre las superadas como laboral y las requeridas para funcionarizarse sino que éstas últimas y las del turno libre sean también idénticas u homólogas; por el contrario, entendemos como poco apropiada la convalidación de unas

²¹⁴ El Decreto 163/1998 de Aragón prevé la convalidación para el acceso a los grupos A, B, C y D de los ejercicios prácticos para aquellos trabajadores que hubieran prestado servicios efectivos durante un período mínimo de seis años (art.7.2).

pruebas por otras cuando no hay una corroboración efectiva de tal equivalencia o identidad sino únicamente el cumplimiento del requisito de superación de pruebas selectivas libres, en la Administración convocante o en la de origen²¹⁵; debe destacarse que, en este supuesto, la norma no se refiere a la analogía, concepto que sólo se establece para el conjunto de las pruebas a realizar, no aquellas a convalidar.

No obstante, la necesidad de una *igual* identidad entre unas y otras pruebas, que parece como elemento más objetivo y menos conflictivo, debe ser atemperado, a nuestro juicio, en su aplicación práctica. En este sentido, nos parece mucho más acertado el modelo establecido en el Real Decreto 182/1993 de 5 de febrero que regula la hipotética exención de pruebas en el acceso a la función pública española por parte de ciudadanos de nuestra nacionalidad que ostentan la condición de funcionarios de Organismos internacionales. En tal norma reglamentaria, la convalidación o exención depende de un órgano colegiado, que podrá aceptarla, previa petición del funcionario interesado, en base a criterios más flexibles que la pura y dura identidad o equivalencia: en este supuesto, se valoran, “*especialmente*” la relación que pudiera darse entre los conocimientos acreditados, el programa y el tipo de ejercicios a efectuar para el acceso a la función pública española y el área en que estos funcionarios desarrollan de forma habitual en la actividad profesional ejercida en el Organismo internacional (art.6). Esta mayor y más reflexiva ponderación es el modelo que creemos debería seguirse en la funcionarización del personal laboral, especialmente cuando se trate de aspirantes que consolidaron la condición de trabajador fijo en pruebas de acceso ya lejanas en el tiempo.

- la figura formal de la convalidación parece suprimirse, en algunas convocatorias, no exigiendo determinados conocimientos específicos que sí son requeridos por el turno libre o de promoción interna. La fórmula, *per se*, aparentemente es legal, pero quiebra de alguna manera el procedimiento que la ley instituye: la norma lo que autoriza es a que determinadas pruebas no se lleven a cabo porque en su momento se superaron unas de idénticas o similares

²¹⁵ Es el supuesto de la funcionarización de los grupos D y C de la Comunidad de Aragón, que por lo demás también permite la convalidación si se han prestado seis años de servicios efectivos como auxiliar o administrativo en la Administración (art.8.2 Decreto 163/1998)

características, formula distinta a la supresión en el proceso de funcionarización de tal prueba, porque en este supuesto no se garantiza la referida equivalencia, sino que se presupone que en todo caso cualquier trabajador que puede optar a la funcionarización acredita tal equivalencia²¹⁶.

En el planteamiento que aquí formulamos, la capacidad del personal laboral quedará probada si se dan las anteriores circunstancias, si bien el momento temporal de tal prueba será diferente: para uno será en el momento de la selección como funcionarios y para otros, en aquel momento en que participaron en el proceso selectivo para ser trabajadores fijos.

Con el cumplimiento de estas tres premisas, entendemos que es posible una convalidación total²¹⁷, lo que ha sido aceptado incluso por la doctrina que denominamos *restrictiva*²¹⁸, y creemos que supera las dudas de constitucionalidad que formuló el Consejo de Estado en su dictamen núm.1110 de 30 de junio de 1994.

Tal nuestro posicionamiento permite también soslayar las críticas formuladas por la doctrina más reciente²¹⁹ en el sentido –opinión que compartimos- que ante una hipotética ausencia de convalidación y el establecimiento de una obligada superación de nuevas pruebas, se materializa una dudosa teoría que entiende que los conceptos de mérito y capacidad no tienen

²¹⁶ En este sentido, la Ley 24/2002 de 18 de noviembre de creación de la especialidad de educación social en el Cuerpo de Diplomados de la Generalitat de Cataluña habilita a que el proceso de funcionarización sólo incluya temas generales del cuerpo de diplomados, “y no a los específicos de educación social, que se consideran superados o alcanzados..” (art.6.2, último párrafo).

²¹⁷ Es de destacar, sin embargo, que el modelo que hemos asumido, en algunos aspectos, en base al Real Decreto 182/1993 de 5 de febrero impide, que se exima a los aspirantes de la totalidad de las pruebas que componen el proceso selectivo (art.6 *in fine*).

²¹⁸ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*” ob.cit., pág.129, así lo hace, pero insistiendo en que se den los mismos niveles de exigencia: “*sigui exactament igual al que ha d’acreditar el personal de nou ingrés*”. En el mismo sentido, desde la doctrina laboralista, CAMPS RUIZ y SALA FRANCO, al señalar la poca razonabilidad de someter a un trabajador fijo a nuevas pruebas para acceder a la condición de funcionario, de igual o similar contenido a las ya superadas, postulando en estos casos no ya su valoración como mérito – opción seguida por el legislador estatal- sino fijando la no obligatoriedad de su repetición y, en el extremo límite, incluso permitiendo su exención total, asumiendo la puntuación obtenida en su momento para acceder a la condición de laboral fijo así como los méritos por servicios prestados (“*La clasificación...*”, ob.cit., págs.32 y 33).

²¹⁹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*Acceso...*”, ob.cit.

igual intensidad cuando se trata de personal laboral como cuando es de personal funcionario, pues para el primero se requiere un *plus*, a través de un segundo proceso de selección, cuando en realidad tales trabajadores ya demostraron su capacidad en el momento de acceso a la Administración, en tanto también que la función a ejercer no cambiará en relación a la ejercida como fijos y que ha sido demostrada, en cuanto a su aptitud, a través de su prestación de servicios como laborales. Esta “*discriminación*” ha sido calificada, por esta misma doctrina como una “*prueba de aptitud de clase*”²²⁰, tratándose a los laborales como “*inferiores, distintos y no compañeros*” por su acceso al estatus funcional por vía “*anormal o indirecta*”, cuando más que el problema, ellos son la consecuencia de la discrecionalidad de la Administración pública que a la hora de modificar la calificación del puesto ha ignorado a quien lo ocupa, que ha demostrado ya sobradamente su capacidad durante un largo período de tiempo²²¹.

Del análisis efectuado de la normativa y bases y/o convocatorias consultadas, se desprende que el procedimiento de la convalidación se ha concretado mediante diversas opciones, que suponen una gran pluralidad de situaciones, que van desde de la convalidación parcial de ejercicios teóricos o prácticos, la convalidación total de unos u otros, lo que supondría el mayor grado de intensidad, localizándose otros supuestos de menor intensidad, como es la no exención de pruebas teóricas y/o prácticas pero sí su valoración en la fase de concurso –esto es, la norma general derivada de la DT 15^a-, pasando por un grupo de supuestos no siempre coherentes o lógicos, que incluyen ocasionalmente también la convalidación de ejercicios a través de la acreditación de determinados años de experiencia²²².

²²⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*Acceso...*”, ob.cit., pág.278.

²²¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*Acceso...*”, ob.cit.,pág.279.

²²² Como ya hemos indicado, por ello opta la Comunidad de Aragón, convalidando seis años de antigüedad por el primer ejercicio.

V.3.- Contenido de la fase de concurso.

Habiendo ya definido en que consiste el concurso, como fórmula única de selección o como una fase integrante del concurso-oposición, a continuación expondremos algunos de los problemas jurídicos que se derivan de tal fase.

La DT 15ª LMRFP y la mayoría de las normas autonómicas establecen dos tipos fundamentales de méritos a valorar en la fase de concurso. Si bien la literalidad del precepto no parece excluir la posibilidad de valorar otros méritos como así ha distinguido alguna otra norma posterior, el desarrollo reglamentario en el ámbito estatal lo ha centrado en los allí descritos: los servicios efectivos prestados en la condición de laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder a tal condición de trabajador, sin que la puntuación total posible de obtener en esta fase pueda superar un 45 por 100 de la puntuación máxima a obtener en el concurso-oposición (art.9.5 OM 27-3-1991).

Las convocatorias consultadas en el ámbito estatal se caracterizan por una homogeneidad en este aspecto, de tal manera que la práctica totalidad de las mismas valoran la antigüedad y, en menor medida –hay no pocas excepciones- las pruebas selectivas superadas en su momento para acceder a la condición de laboral. En cuanto al porcentaje, debe señalarse que, significativamente, las convocatorias no han aprovechado el porcentaje del 45 por 100 señalado, sino que por lo general, este es inferior, en ocasiones de forma evidente y en ningún caso hemos detectado que se haya superado. En este sentido, podemos establecer una triple distinción:

- un conjunto de convocatorias, cuantitativamente pocas, que establecen una fase de concurso que puede suponer entre el 40 y el máximo del 45 por 100 fijado en el art.9.5 de la OM de 27-3-1991²²³.

²²³ Entre otras, funcionarización de titulados medios del Ministerio de Transportes, con un equilibrio de 45%/55% entre la fase de concurso y la de oposición (BOE 10-6-1993), provisión de 194 plazas de técnicos superiores del MOPU (45%/55%), BOE 9-6-1993 o el acceso a los distintos cuerpos de delineantes del Estado (40%/60% en la convocatoria de un número indeterminado de plazas de Delineantes de segunda de los OOAA del Ministerio de Medio Ambiente, BOE 12-1-2000 y 18-3-2000).

- un grupo, el mayoritario, de convocatorias, en donde el porcentaje es inferior al 40 por 100, pero supone una valoración en fase de concurso relativamente significativa, y que oscila entre un 20 y un 40 por 100 de la puntuación total²²⁴.
- finalmente, un colectivo de convocatorias, en número inferior a las anteriores, pero muy superior al primer grupo, en donde la fase de concurso es de escasa importancia, en donde lo que prima fundamentalmente es la fase de oposición²²⁵.

Las razones en que pueda basarse tal pluralidad de supuestos a la hora de aplicar la norma estatal no aparece justificada en ninguna convocatoria, e incluso varía porcentualmente de una a otra convocatoria para acceso al mismo Cuerpo y Escala²²⁶, por lo que deducimos que diversas pueden ser las variables, más allá de la reflexión jurídica: la mayor o menor sensibilidad de la Administración, el volumen de afectados, la presión sindical previa, etc..

En cuanto a las restantes Administraciones Públicas, en general el porcentaje máximo también se sitúa en el 45 por 100; en torno a éste se articulan los procesos seguidos por las Comunidades Autónomas, aceptando ese porcentaje máximo²²⁷ pero localizándose otros de inferiores (Cataluña²²⁸), si bien el límite máximo contenido en la norma estatal o en las

²²⁴ Entre otras, destacadas por el número de plazas convocadas, la funcionarización de 300 plazas de titulados técnicos del MOPU (concurso: 45 puntos sobre un total de 115, BOE 10-6-1993); 1288 plazas de auxiliares administrativos del INEM y 625 plazas de la escala administrativa (concurso: 8 puntos sobre un total de 28, BOE 4-1-1996); analistas de laboratorio del IRA, Ministerio de Agricultura (concurso: 36 puntos sobre un total de 106) o la Escala de auxiliares de laboratorios de los OOAA del Ministerio de Agricultura (concurso: 36 puntos sobre un total de 86).

²²⁵ Como ejemplos destacados, la convocatoria de 129 plazas de técnicos de gestión de los OOAA del Ministerio de Hacienda (concurso: 36 puntos sobre un total de 236); 134 plazas de ayudantes de investigación del CSIC (concurso: 28 puntos sobre un total de 228, BOE 16-4-1996); número indeterminado de plazas del cuerpo de gestión del INSS (concurso: 8 puntos sobre un total de 58); funcionarización de auxiliares técnicos de OOAA de Sanidad y Consumo (concurso: 30 puntos sobre un total de 130, BOE 21-7-2000).

²²⁶ Así, por ejemplo, en tanto que en la convocatoria de 1288 plazas de auxiliares administrativos del año 1996 del INEM (BOE 4-1-1996), se establecía un porcentaje de 8 puntos de mérito frente a 20 puntos en la oposición, para el acceso al mismo cuerpo y escala (funcionarización del año 2003), la fase de méritos se mantenía en 8 puntos, en tanto que la fase de oposición ascendía a 50 puntos (BOE 16-9-2003).

²²⁷ DT 2ª, apartado tercero, de la LFP Castilla-La Mancha, según redactado dado por Ley 1/1999 de 4 de marzo.

²²⁸ DT 3ª Ley 17/2002 de 5 de julio de Ordenación del Sistema de Empleo, regulando la funcionarización del personal del Servicio de Empleo de Cataluña, lo sitúa en el 40 por 100.

autonómicas no siempre se agota en las convocatorias, si bien ocasionalmente, en algunos supuestos muy específicos, se superan de manera incluso desproporcionada²²⁹.

Sin embargo, acontece una especialidad en las leyes reguladoras de los procesos de funcionarización, como nota singular de los mismos: se rompe un principio inferido de la normativa general, cual es que en esta última no se establecen los méritos a valorar, pues estos se concretan por cada Administración en las bases de la convocatoria. En cambio, en el proceso de funcionarización la Ley fija al menos dos de ellos con carácter obligatorio, si bien a nuestro juicio ello no impide establecer otros méritos. En todo caso, entendemos que los méritos que se incorporen deben atender a los principios de igualdad, mérito y capacidad y estar en conexión con el puesto (art.19.1 LMRFP).

Es preciso entender, en este caso, que la Administración tiene una libertad limitada en cuanto al establecimiento de méritos:

En primer lugar, los términos de la ley no son siempre necesariamente concluyentes, y cabe que la Administración, pese a la previsión del concurso-oposición, opte por la oposición, o por un concurso-oposición que no asuma ambos criterios. Ello sucede en determinadas normas autonómicas –no así en el Estado-. La legislación catalana prevé que la Administración podrá valorar el “*expediente administrativo*” del trabajador candidato (DT.10ª.LFP Cataluña), si bien no lo ha concretado en la práctica en las pruebas convocadas al respecto. En consecuencia, la ausencia formal de carácter básico en la norma estatal (DT 15ª LMRFP) no obliga a tal valoración y ello se ha concretado en que en las convocatorias de funcionarización de la Generalitat se ha optado por la oposición, sin valorar mérito alguno. Más dudosa en cuanto a la legalidad es la previsión de la Ley 17/2002 de 5 de julio de ordenación del sistema de empleo de Cataluña, en donde fija en un 40 por 100 para la fase de concurso, estableciendo en detalle su valoración interna, en tanto que las convocatorias efectivas llevadas a cabo a lo largo del ejercicio del 2003 ha optado, sin mayor detalle, por el procedimiento de oposición.

²²⁹ En la funcionarización del personal docente de música de la Xunta de Galicia, en la fase de oposición pueden obtenerse hasta 10 puntos (superándose con 4), en tanto que la fase de concurso permite alcanzar 18,5 puntos. (DOG 14-3-2003).

Sin embargo, insistimos, el criterio general es asumir dos circunstancias como las señaladas en la DT 15ª, si bien la modulación o alcance de cada una de ellas dependerá de las correspondientes bases de la convocatoria. Así, la DT 15ª LMRFP permite la participación de los trabajadores fijos “*debiendo valorarse a estos efectos como mérito...*” las circunstancias señaladas (en el mismo sentido, entre otras, la legislación de Asturias y Murcia) Igualmente, creemos correcto que pueda incorporarse la valoración de otros méritos. Es cierto que la DT 15ª parece ser concluyente al citar únicamente aquellos dos mencionados, pero entendemos que la dicción literal a lo que obliga a la Administración es a su forzosa incorporación al texto de la convocatoria, pero sin que ello impida aplicar otros más.

No obstante, tal carácter obligado no siempre ha sido acogido por la legislación autonómica para ambas circunstancias, sino que en ocasiones sólo se limita a prever como mérito los servicios prestados o las pruebas selectivas superadas. Así, Galicia (DT 9ª.1 LFP), Cantabria (DT 2ª) refiriéndose a los primeros; en otros casos, la valoración de las pruebas selectivas no lo son a ellas, sino al tipo de procedimiento (concurso, oposición, concurso-oposición) empleado en su momento (La Rioja, DT 2ª.2 LFP).

En todo caso, a pesar de que la funcionarización sea un procedimiento *ad hoc* y completamente restringido, creemos que la libertad de la Administración para fijar los méritos y su porcentaje individualizado tiene también límites, al igual que existen para acceder por turno libre, como es la necesidad de no crear desigualdades arbitrarias, que colisionen o sean incompatibles con los principios de mérito y capacidad, si bien en este caso no frente a un número indeterminado de aspirantes, sino entre un colectivo específico: el de trabajadores fijos cuya plaza esta afectada por la funcionarización (y, por tanto, los referidos principios serán significativos en su aplicación entre todos ellos) y también frente a todo el colectivo de trabajadores fijos de la Administración convocante, por cuanto la arbitrariedad de una fase de concurso que no refleje tales mérito y capacidad, o no guarden relación con el puesto o funciones, o estén impregnados de referencias individuales y personales que convierten una selección específica de funcionarización en una preterición *ad personam*, colisionarían con el principio de igualdad frente a otras convocatorias de selección por funcionarización de esa Administración.

Por ello, entendemos que los referidos méritos, tanto los mínimos previstos en la DT 15ª LMRFP o sus equivalentes autonómicos, como otros que pudiera incorporar la Administración, deben basarse en una valoración razonable y proporcional. No obstante, creemos también que la doctrina general sentada por el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia sobre tales criterios debe modularse en el ámbito de la funcionarización, como a continuación detallaremos.

V.3.1.- Méritos sobre los servicios prestados.

La dicción legal de tales méritos se bifurca según la norma de referencia, en el ámbito estatal. Así, según la LMRFP esos servicios serán los efectivos prestados como trabajador, en tanto que otras disposiciones únicamente se refieren a los prestados en régimen laboral en el puesto de trabajo (art.41 Ley 50/1998, sobre funcionarización en el Instituto Social de la Marina) o en el área de actividad. En todo caso, nos parece adecuado que pueda haber una diversa distinción en tal valoración y así es acogida por la normativa no sólo estatal sino también autonómica, o en las bases y convocatorias locales y universitarias del PAS. Las opciones asumidas son diversas:

- a) valoración de los servicios prestados como personal laboral, ya sea como temporal o fijo, ya sea sólo como fijo²³⁰, incluso con independencia de la categoría ocupada o de la Administración donde se prestaron²³¹.
- b) valoración de los servicios prestados en el puesto de trabajo que se convoca²³².

²³⁰ Tal exclusión la introduce la funcionarización del Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002) y de Segovia (BOCyL 11-7-2002) o en los servicios de recaudación de la Diputación de León (BOP de León 2-1-21994)

²³¹ Por esta generalidad opta la Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y la Orden 71/2001 de 27 de junio de funcionarización del personal laboral de la Comunidad de La Rioja, así como la reciente Orden 127/2003 de 26 de diciembre de esta última misma Comunidad; en el ámbito estatal y local, pueden citarse los procesos llevados a cabo en el Organismo de Correos y Telégrafos (1023 plazas de auxiliares postales, BOE 16-4-1997) o en la Diputación de Salamanca (BOCyL 12-7-2002).

²³² Así, funcionarización de todos los grupos de clasificación de la Diputación Provincial de Tarragona (BOP de Tarragona 14-4-1999) y de Badajoz (BOP de Badajoz 16-4-2003) o de la Universidad de Castilla-La Mancha (BOE 10-8-1991).

- c) valoración de los servicios prestados en la categoría o grupo profesional que ostenta el trabajador y cuyo puesto efectivo está incurso en proceso de funcionarización²³³.
- d) valoración de los servicios prestados en el área funcional o de actividad en donde se inserta el puesto de trabajo afectado²³⁴, incluso aunque estos servicios hayan sido efectuados como funcionarios o trabajadores en el sector público o privado²³⁵.
- e) méritos prestados en su condición de trabajador o en el puesto de trabajo, distintos a la concreta valoración de la antigüedad²³⁶.
- f) valoración del expediente administrativo o del curriculum profesional²³⁷.
- g) valoración de los servicios prestados en otras Administraciones Públicas, en similares áreas o ámbitos al afectado por el puesto funcionarizado; previsión que se deriva de los previos procesos de subrogación que afectaron al personal de referencia²³⁸, pero que también abarca a un simple reconocimiento de cualquier servicio, en cualesquiera Administración Pública, por lo que estrictamente la valoración de servicios se transforma en una valoración de la antigüedad en el sector público²³⁹.
- h) valoración de los servicios prestados como personal laboral, sin distinción del área o función, y en igual proporción que a los trabajadores propios²⁴⁰ o en áreas distintas, si bien con inferior valoración a las propias²⁴¹.

²³³ Decreto 1499/2003 de 22 de abril de la Ciudad Autónoma de Ceuta y proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002).

²³⁴ Previsto, entre otros, en la funcionarización del Ayuntamiento de Lorca; con referencia a puestos “análogos”, los procesos del Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002) o del Ayuntamiento de la Granja de Torrehermosa (BOP de Badajoz 19-2-2001).

²³⁵ Así lo prevé la funcionarización del personal laboral fijo con categoría de Educador de Menores de la Diputación de Segovia (BOCyL 23-12-2003), al valorar, aunque con diferente gradación, los servicios prestados como tal Educador en cualquier Administración Pública (sin límite de puntuación) o en empresas, entidades o centro privados (hasta cinco puntos).

²³⁶ Esta última distinción aparecía en el art.39.1 de la Ley 37/1988 de 28 de diciembre, al regular los méritos en la funcionarización del personal del área de gestión catastral del Estado.

²³⁷ Referido al expediente administrativo, DT 10ª LFP Cataluña.

²³⁸ DT 3ª Ley 17/2002 de 5 de julio de ordenación del sistema de empleo de Cataluña; sin implicar tal subrogación, la funcionarización de la Diputación Provincial de Badajoz (BOP de Badajoz 16-4-2003).

²³⁹ Así lo prevé el art.7.1 de la Orden 71/2001 de 27 de junio de la Consejería de Desarrollo autonómico y Administraciones públicas de la Rioja.

²⁴⁰ DT 2ª, apartado tercero, de la LFP Castilla-La Mancha, según redactado dado por Ley 1/1999.

Una cuestión importante es establecer si tales valoraciones incluyen los períodos servidos en régimen temporal o no permanente. Entendemos que, cuanto menos en el ámbito estatal, la consideración de unos y otros es perfectamente posible, por cuanto lo que se valora son “*los servicios efectivos prestados en su condición de laboral*”. Las convocatorias consultadas optan con carácter general por este criterio²⁴², o no distinguen expresamente en cuanto al carácter permanente o temporal del vínculo²⁴³, siempre que se trate de la misma circunstancia, o bien que haya coincidencia entre la categoría que se ocupaba como temporal y la que se ostenta en el momento de presentación de instancia, lo que supone valorar como mérito servicios prestados en puestos de trabajo distintos al que se funcionariza²⁴⁴.

Como es perfectamente comprensible, dado que en una misma fase de concurso pueden valorarse a la vez circunstancias como las señaladas, entendemos que no es posible valorar, de forma superpuesta, idénticos servicios, aunque enmarcados en calificaciones diferentes: servicios reconocidos al amparo de la Ley 70/1978, servicios prestados en Administraciones Públicas en plaza idéntica a la proveer, servicios en puestos de determinado nivel, etc.. por lo que tal opción nos parece contraria a la legalidad, debiendo las bases limitar a una sola valoración –la más elevada– un determinado período de posible incardinación en varios supuestos²⁴⁵.

Este tipo de méritos ha dado pie, en los procesos selectivos ordinarios, a una elevada litigiosidad ante los Tribunales, al ser utilizados como fórmula para primar, en ocasiones de forma desproporcionada, a los aspirantes internos frente a los externos, pero no así ha

²⁴¹ Ayuntamiento de Segovia (BOCyL 11-7-2002 y 30-9-2002).

²⁴² Incluso aunque los servicios fijos o temporales hayan sido prestado en el sector privado, realizando tareas o funciones equivalentes al puesto que se funcionariza, Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de Segovia de funcionarización de Educadores de Menores de fecha 4-12-2003 (BOCyL 23-12-2003).

²⁴³ En algunos supuestos, tal inclusión se deriva de la gran amplitud o ambigüedad de las propias bases: es el supuesto del masivo proceso de funcionarización de la Universidad Rey Juan Carlos, aprobada por Resolución de 2-11-2000 (BOE 22-11-2000). En muchos otros casos, expresamente se incluyen los servicios prestados en régimen temporal o interino (así, Ayuntamiento de Lorca, BORM 28-1-2003).

²⁴⁴ Funcionarización del Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003).

²⁴⁵ Es el modelo adoptado por la Diputación Provincial de Salamanca, que no permite valorar períodos de tiempo coincidentes (BOCyL 12-7-2002).

sucedido en los procesos de funcionarización, en donde tales contenciosos son numéricamente insignificantes.

La DT 15ª y las normas consultadas se refieren a los servicios prestados como laboral, en todas las modalidades planteadas, de forma unánime, adoptando esos *servicios prestados* como uno de los méritos más destacados y asumiendo la doctrina constitucional de que tal valoración no puede considerarse, por sí misma, como una referencia individualizada y concreta y, en consecuencia, no lesiona el derecho de igualdad (STC 67/1989).

La jurisprudencia, al respecto, considera que los servicios prestados guardan relación con los principios de mérito y capacidad, por cuanto esos servicios acreditan una determinada aptitud o capacidad para desarrollar una función o empleo público, incluso cuando tal valoración se acoge como un único mérito (SSTC 137/1986 y 67/1989). En consecuencia, es razonable y proporcionada la referencia de la DT 15ª, máxime habida cuenta las circunstancias del proceso de funcionarización.

Sin embargo, creemos que la proporción de tal valoración, en el ámbito de la funcionarización, debe analizarse desde un prisma distinto a las pruebas selectivas libres.

En primer término, entendemos que los criterios de desproporción o irracionalidad en la valoración de los servicios prestados, proscritos por la CE al vulnerar el art.23.2 son de aplicación también en el proceso de funcionarización, pero por razones distintas a las que la jurisprudencia ha debido analizar comúnmente, por cuanto en este caso tal desmesura no afecta o excluye *de facto* a los aspirantes externos, sino que sólo afecta a los propios trabajadores fijos que concurren al proceso. Consecuentemente, tal desproporción vulnerará el principio de igualdad de los trabajadores fijos, pero será posible, a nuestro juicio, que tal valoración pudiera superar los límites constitucionalmente aceptables (45 por 100) por cuanto con aquella no se excluirá a nadie del proceso.

En segundo lugar, la jurisprudencia considera contrario al principio de igualdad primar la experiencia en la Administración Pública frente a otros servicios en otras Administraciones o

al privilegiar la valoración del puesto en la entidad convocante frente al mismo puesto en otra Administración, al considerarse una diferencia de trato irrazonable e injustificable (STC 278/1993). Sin embargo, en la funcionarización entendemos que cede tal premisa, por cuanto el eje fundamental del proceso es valorar los servicios prestados como laboral, y no otras realidades o circunstancias de servicios prestados, lo que no impide su valoración, pero entendemos que es perfectamente lógico que haya esa prima a favor de los primeros. El análisis de las bases y/o convocatorias permite comprobar una doble actuación de la Administración: la asunción (minoritaria) de una idéntica valoración de unos y otros servicios, si bien con modulaciones²⁴⁶, o una prima favorable a los servicios prestados en la propia entidad cuando no la valoración única de los mismos (criterio mayoritario este último)

En tercer lugar, la valoración de los servicios prestados en la condición de laboral se ajusta de forma adecuada a los requerimientos de principio de igualdad, por cuanto tales servicios, aunque hayan sido realizados en régimen laboral, permiten ser apreciados con abstracción de esta circunstancia, pues el fundamento de dicho mérito es la experiencia adquirida durante su desempeño (STSJ País Vasco 30-3-2000).

En el concepto de servicios prestados, por lo general las bases son respetuosas con el concepto de tales previsto en la normativa laboral, esto es, la prestación efectiva de servicios o aquellos supuestos en donde, habiendo suspensión contractual, el ET los reconoce a todos los efectos como tiempo trabajado. Así, se excluyen los períodos de excedencia voluntaria o cualquier otra causa de suspensión en donde no haya prestación de trabajo y retribución, que ha alcanzado igualmente a la excedencia forzosa, pero sí se computan los períodos de enfermedad por incapacidad temporal y la baja por maternidad²⁴⁷.

Aún a riesgo de incurrir en una generalización siempre desvirtuadora, señalaremos que al menos en el ámbito estatal, la opción más común ha sido valorar, en la fase de méritos,

²⁴⁶ El Ayuntamiento de Águilas valora con idéntica puntuación los servicios en la Corporación y en otras Administraciones (0,15 puntos por mes de servicios), si bien por aquellos se puede alcanzar el doble de valoración que por los segundos;

²⁴⁷ Por todos, procesos de funcionarización del INEM (BOE 16-9-2003).

especialmente los servicios prestados en la condición de laboral, en detrimento proporcional a la superación de pruebas. Este desequilibrio es, como mínimo en una proporción de 1 a 3, si bien no es extraño que lo supere o, incluso, que tales servicios sean claramente determinantes en la fase de concurso²⁴⁸. En el ámbito autonómico, universitario y local parece seguirse, en líneas generales, idéntico planteamiento²⁴⁹.

V.3.2.- Méritos sobre pruebas selectivas superadas.

Vamos a referirnos a la valoración y/o convalidación, según cual sea la normativa que adoptemos, de las “*pruebas superadas para acceder a la condición de laboral*”, tomando la dicción de la norma estatal.

Como ya hemos señalado, pese a la general prescripción de las leyes correspondientes en el sentido de reconocerlas como mérito, es esta una opción que en la fase de concurso no ha sido excesivamente acogida ni en el ámbito estatal ni tampoco en numerosas bases y convocatorias autonómicas, locales y universitarias, y cuando lo ha sido, sucede generalmente con mucha menor ponderación global que el mérito de servicios prestados.

Este tipo de pruebas pueden venir referidas a una multiplicidad de supuestos. Una primera aproximación parece, en principio, poco dudosa: la norma se refiere a aquellas pruebas selectivas que se superaron para acceder como trabajador al puesto que se ocupa cuando se materializa el proceso de funcionarización. Pero debe tenerse en cuenta que las leyes y normas

²⁴⁸ Entre los numerosos ejemplos, pueden citarse, como supuestos en donde la proporción es menos desequilibradora, los 6 puntos como servicios efectivos, sobre un total de 8 obtenibles en la fase de concurso en la funcionarización de auxiliares del INEM (BOE 16-9-2003) o administrativos de la misma entidad (BOE 4-1-1996) y Cuerpo de Gestión del INSS; otros supuestos más acentuados son los 30 puntos sobre un total de 45 en el Ministerio de Transportes (funcionarización de titulados técnicos y titulados medios, BOE 10-6-1993, o de titulados superiores, BOE 9-6-1993); 16 puntos sobre 24 para el Cuerpo Técnico de la Seguridad Social (BOE 8-3-1996); no obstante, es posible encontrar un grupo minoritario de supuestos en donde la proporción es más equilibrada: 20 puntos sobre 40 en la funcionarización de delineantes de OOAA del Ministerio de Medio Ambiente (BOE 12-1-2000 y 18-3-2000).

²⁴⁹ Tal mayor valoración de los servicios prestados en relación a las pruebas superadas es prácticamente común en todos los órdenes administrativos; en algunos supuestos, sin que se valoren tales pruebas (así, funcionarización de la Universidad Complutense de Madrid, BOE 24-4-2001; Universidad de Castilla-La Mancha, BOE 10-8-1991; o Universidad Rey Juan Carlos, BOE 22-11-2000; la Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha otorga 3 puntos a la fase de concurso, exclusivamente centrados en los servicios prestados.

reglamentarias establecen por lo general la valoración, o la exención en su caso, de pruebas superadas para acceder a una condición, la de trabajador, sin determinar cuál de las hipotéticas relaciones laborales que este ha mantenido o mantiene son las valorables o exceptuables. Los factores a conjugar son variados a partir del momento de su ingreso en la Administración pública convocante: procesos de promoción interna como laboral, movilidad funcional, movilidad geográfica, integración en otros grupos o categorías profesionales, etcétera.

En vista de la cuestión jurídica que subyace y de la consulta de las normas y bases y/o convocatorias, podemos establecer el siguiente esquema de posible supuestos:

- salvo que se establezca en otro sentido una previsión expresa, por lo general no concretada en las bases y convocatorias, el acceso a tal condición de laboral puede haber sido, en hipótesis, para la condición de personal laboral fijo o temporal. No necesariamente el trabajador temporal que luego ha pasado a fijo ha realizado un proceso selectivo tasado y regular. En este último supuesto, la situación sería la de trabajador indefinido no fijo; por consiguiente, la valoración a nuestro juicio debe recaer sobre el supuesto de un acceso a la condición de trabajador fijo, lo que no impide, en un apartado distinto, valorar como mérito otras pruebas superadas para acceder al estatus de trabajador temporal o funcionario interino, si así fuera el caso.

- la valoración de las pruebas superadas para acceder a la condición de laboral implica que en todo proceso de funcionarización debe darse un previa formulación o tabla de equivalencias entre aquellas categorías, grupos profesionales o puestos de trabajo para los que se accedió como laboral y el Cuerpo o Escala funcionarial. No necesariamente esa tabla debe ser estricta, pues es posible un amplio margen de amplitud, pero en todo caso basado en razones de objetividad²⁵⁰. En este supuesto, como primera aproximación, no nos cabe duda que aquella

²⁵⁰ Muchas Administraciones, sobre todo locales, han convocado como personal laboral basándose más en el puesto de trabajo a cubrir que la categoría o grupo. Así, convocatorias para Técnico Superior de urbanismo, de recursos humanos, de asesoría jurídica, de seguridad vial, de turismo etc., especialidades y subespecialidades de estos o incluso puestos muy particulares: jefe del negociado de nominas o conservador del museo comarcal. En estos supuestos, la tabla de equivalencia debería ser amplia: en el primer ejemplo, salvo que se instituyan Escalas de Administración Especial, la equivalencia podría configurarse, de forma ordenada, para el ingreso en el Escala de Administración General del Cuerpo Técnico, grupo A.

valoración de pruebas superadas deben ser precisamente esas. Esto es, si establecida la equivalencia, el trabajador fijo que opta a la funcionarización ocupa el puesto de trabajo que en su momento fue el determinado para acceder a la condición de laboral, ésta deberá ser la valoración más coherente.

- mayor dificultad experimenta si el trabajador fijo no coincide, en cuanto a su categoría o grupo profesional actual, con el que en su momento efectuó para ser laboral fijo, siendo el actual puesto el que se funcionariza. Ello se dará fundamentalmente en los supuestos de promoción interna. A nuestro juicio, las pruebas superadas deben ser éstas, esto es, que debe valorarse el proceso selectivo por turno de promoción interna. En ningún momento la legislación obliga a que tales pruebas hubieran sido por turno libre, por lo que no creemos que exista ninguna dificultad en tal valoración.

- la necesaria reformulación del *totum revolutum* que especialmente en el ámbito local ha acontecido –lo hemos avanzado– al confundirse, consciente o inconscientemente, la categoría o grupo profesional con el puesto de trabajo, y también en la funcionarización, al establecer en no pocas ocasiones, funcionarizaciones para integrarse no en un Cuerpo o Escala sino a un puesto de trabajo. Se hace preciso, en consecuencia, que la valoración de pruebas superadas en su momento tenga en cuenta esta necesaria readaptación que supone, en la práctica, una reordenación del sistema de categorías, grupos, cuerpos y escalas.

- el alcance del concepto “*pruebas superadas*” implica plantearse si el concurso o, la fase de concurso cuando el procedimiento es de concurso-oposición, debe entenderse incluido en aquella expresión. En algunas convocatorias consultadas se reconoce únicamente el carácter de “*prueba superada*” a la oposición o al concurso-oposición, pero no al concurso, en tanto que en algunas pocas se incluye expresamente a éste. Definido el término “*prueba*” como “*examen que se hace para demostrar o comprobar los conocimientos o aptitudes de alguien*” o simplemente como “*examen*”²⁵¹, parece posible excluir al concurso de una hipotética

²⁵¹ La primera definición es la que establece, entre otras muchas, la RAE en su edición 22ª. La segunda definición aparece en el Gran Diccionari de la Llengua catalana de 1998, pero no exclusivamente, como también indicamos en el texto principal.

valoración; sin embargo, gramaticalmente hablando, también parece posible su inclusión si se acepta una definición que califica el vocablo *prueba* como “*acció de comprovar o de demostrar certes qualitats o habilitats en un camp determinat*”²⁵², lo que sin duda supone incluir al concurso, que efectivamente “*comprueba*” méritos preexistentes.

Siguiendo la definición doctrinal, amparada en la descripción legal, se entiende que una oposición consiste en la celebración de una o más pruebas, en tanto que el concurso-oposición es un híbrido, que la legislación catalana define como una superación de una o diversas pruebas y la valoración de determinadas condiciones de formación, mérito y/o grado de experiencia, en tanto que el concurso puede definirse como la comprobación y cualificación de los méritos de los aspirantes, según un baremo fijado en las bases y/o convocatorias. Pero en su caracterización, la doctrina ha entendido que, aun dándose las notas de competitividad y preferencia derivada de la cualificación, el elemento que discrimina un aspirante de otro no son las pruebas, sino los méritos aportados por los candidatos²⁵³. En esta definición entendemos que el proceso de funcionarización debiera valorar el acceso a través de la fórmula de concurso como una prueba superada, reflexión que también extenderíamos a aquellos procedimientos de concurso para acceder a la condición de laboral fijo que incluyen no sólo la valoración de los méritos preexistentes sino su vigencia, a través de la correspondiente comprobación: aunque pueda definirse esta comprobación como un instrumento de medida o valoración de las capacidades específicas para el desarrollo de las funciones del trabajador, no debe confundirse la comprobación del mérito con la prueba de capacidad, pues ello supondría transformar el concurso en una oposición²⁵⁴.

Por consiguiente, acogemos como interpretación más adecuada aquella que supone incluir en el concepto *pruebas superadas* el concurso, ya sea como procedimiento independiente, ya como fase del concurso-oposición.

²⁵² Gran Diccionari de la Llengua Catalana, edició de 1998.

²⁵³ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.137-139.

²⁵⁴ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.139.

En conclusión, a pesar de la ambigüedad que pueda derivarse de la DT 15ª de la LMRFP, al establecer que las bases y las convocatorias deberán valorar como mérito “*los servicios efectivos prestados en su condición de laboral, y las pruebas selectivas superadas para acceder a la misma*”, tal dicción debe entenderse como prescripción, con carácter obligatorio, sobre los servicios efectivos y las pruebas superadas relativas o vinculadas al puesto de trabajo laboral que efectivamente se funcionariza, extendiéndose en cuanto al primer supuesto (servicios efectivos) a aquellos otros que pudieran haberse prestado en otros puestos pero siempre derivados del acceso a la categoría o grupo profesional que se ostenta en el momento de la funcionarización, y que corresponderá a un puesto de trabajo adscrito a funcional ocupado por un trabajador con esa específica categoría o grupo²⁵⁵.

V.3.3.- Otros méritos.

Cualquier otra hipotética valoración de méritos distintos a los dos anteriores nos parece perfectamente posible, siempre que se tenga presente que la ley no los impone ni deben calificarse como *principales*, lo que implica a nuestro juicio una conclusión final: que tales méritos *secundarios*, por importantes que sean, no pueden desvirtuar en su cómputo global a los dos primeros que entendemos como *principales*.

Es preciso reflexionar en torno a su oportunidad o adecuación al principio de igualdad, mérito y capacidad. En este sentido, entendemos que los méritos establecidos en las bases de un proceso de funcionarización deben guardar relación con las funciones a desempeñar como personal funcionario; ello nos permite concluir que un mérito que no guarde relación alguna con el contenido de la plaza convocada por este turno restringido no es procedente, siendo precisa tal vinculación para evitar una desviación de poder²⁵⁶.

²⁵⁵ Por ello, algunas convocatorias lo vinculan al puesto que se ocupaba a 30 de julio de 1988 (ámbito estatal), independientemente de que se ocupe otro puesto de igual categoría o grupo con posterioridad a tal fecha (*vid.* funcionarización de 1288 plazas de auxiliares del INEM, BOE 4-1-1996).

²⁵⁶ Así, por ejemplo, la STS 6-6-1996 consideró improcedente valorar las funciones no homologables a la plaza convocada de licenciado en derecho, derivada de haber servido en una plaza de Administración Especial, sin especificar cuales podían haber sido las funciones de esa plaza; en cambio sí entendió que cabía la valoración de una plaza de Administración General, pues ello implicaba el ejercicio de tareas de carácter administrativo de nivel superior, incluso de jefatura, de lo que se desprende un conocimiento práctico de la organización y actividad municipal que es de interés para un jurista.

Igualmente, consideramos inapropiado la inclusión de los denominados, genéricamente, “*otros méritos*”²⁵⁷, por lo común bajo la calificación de “*libremente valorados por el Tribunal*”: su inespecificidad quebranta los principios constitucionales mencionados, y han sido calificados como reprochables precisamente por su absoluto carácter inespecífico (STS 6-6-1996)

Sin ánimo de exhaustividad, estableceremos los principales otros méritos acogidos en las bases y convocatorias consultadas, que por lo general inciden en supuestos muy parecidos para el caso de prever tales méritos secundarios. Pueden ser incardinados en cuatro grandes bloques:

- a) acreditación de determinados niveles de formación, a través de la participación en cursos, seminarios, congresos, jornadas, o por ostentar grados académicos superiores al exigido en la plaza convocada. No es un mérito habitual; generalmente aparece reflejada en los procesos de funcionarización del personal docente²⁵⁸, si bien también puede localizarse, en mucha menor medida, para otros Cuerpos y Escalas²⁵⁹.
- b) acreditación de niveles de responsabilidad, estableciendo un símil con la estructura en grados personales y niveles del régimen funcional, valorando la consolidación o ejercicio de grados o niveles superiores²⁶⁰.
- c) valoración subjetiva del ejercicio de funciones como personal laboral. Entendemos que ello es improcedente desde la perspectiva que tal valoración, si cabe, debe efectuarse a

²⁵⁷ Funcionarización del Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003).

²⁵⁸ Valorándose tanto estar en posesión de titulaciones académicas distintas a la exigida por la convocatoria, pero relacionada con las funciones a desempeñar así como cursos y seminarios vinculados al puesto, *vid.* Acuerdo de 4-12-2003 de funcionarización de Educadores de Menores de la Diputación Provincial de Segovia (BOCyL 23-12-2003).

²⁵⁹ Así, otorgándole hasta un 15 por 100 del total de puntuación obtenible, el Decreto 1499/2003 de funcionarización de la Ciudad Autónoma de Ceuta; el Ayuntamiento de Águilas (BORM 3-6-2003) concede valoraciones a los títulos superiores o medios aunque la plaza sea de subalterno o auxiliar; en idéntico sentido, Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002).

²⁶⁰ Así, funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002) y como rasgo muy común en la funcionarización del profesorado, al vincular su relación de servicios a posibles cargos académicos.

lo largo del proceso selectivo, y no a través de informe del superior jerárquico o de una comisión ajena al procedimiento selectivo, pues ello supone introducir un elemento subjetivo e indeterminado, a valorar en la fase de concurso e, indirectamente, una doble valoración del trabajo realizado: como servicio prestado y como adecuación al mismo²⁶¹.

- d) Un cuarto bloque sería reconducible a los anteriores, pero dada su especificidad puede estructurarse en relación a méritos específicos relativos a áreas o funciones muy específicas. El supuesto más destacado es la funcionarización del personal docente no universitario, donde se valora también el ejercicio de cargos docentes o directivos (jefe de estudios, director, etc..), servicios prestados en puestos no docentes pero dependientes de la Consejería o Departamento de Educación –o equivalente-, el ejercicio de las funciones de tutor, coordinador pedagógico, el currículo de publicaciones, libros, comunicaciones o investigaciones del aspirante, entre otros. Prácticamente hay una uniforme unanimidad en este tipo de méritos en las convocatorias consultadas, debiendo precisarse que su cómputo total es mucho más significativo que los dos méritos principales a que hemos hecho referencia anteriormente²⁶².

Dos son las últimas características que queremos reseñar en torno al concurso, integrante del concurso oposición, en los procesos de funcionarización:

²⁶¹ En términos de máxima subjetividad, la funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca valora como mérito, con mayor porcentaje –prácticamente cuadruplicando la valoración de servicios prestados en un puesto similar, cifrada en 0,18 puntos máximos-, el “*grado de satisfacción del trabajo desarrollado en dichos puestos similares...*” (hasta 0,71 puntos como máximo). BOCyL 26-2-2002.

²⁶² El criterio es igualmente asumido por la Administración del Estado o las Comunidades Autónomas. Así, la Orden de 15-6-1992 de funcionarización de profesores técnicos de Formación profesional (BOE 15-7-1992) y Orden de igual fecha para el ingreso al Cuerpo de Maestros de educación especial, audición y lenguaje del Ministerio de Educación (BOE 15-7-1992) u Orden de 11-5-1999 para profesores técnicos (BOE 28-5-1999); Orden de 5-3-2003 de la Xunta de Galicia, de funcionarización de profesores de música y artes escénicas (DOG 14-3-2003); Orden de 22-5-2001 de la Conselleria de Cultura de la Generalitat Valenciana para profesores técnicos de formación profesional (DOGV 16-7-2001) y Orden de 10-4-2001 del Gobierno de Canarias para funcionarizar profesores de secundaria, formación profesional y maestros (BOIC 13-4-2001).

- a) su ubicación en el proceso selectivo es aleatoria: en unas convocatorias aparece antecedente a la oposición, en tanto que en otras es posterior.

- b) Su carácter no eliminatorio y la imposibilidad de agregar esta puntuación a la fase de oposición, de tal manera que el candidato que no apruebe esta última no supera todo el proceso selectivo. Con ello se hacen eco la mayoría de bases y convocatorias, y normas legales y reglamentarias en que se sustentan, de la interdicción del sistema de *mochila*²⁶³, si bien aún pueden localizarse bases que llevan a cabo una interpretación *modulada* de tal doctrina, como es el supuesto más relevante de la Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-la Mancha, en virtud de la cual la fase de oposición no tiene carácter eliminatorio para cada uno de los ejercicios que la componen, sino que pueden compensarse las puntuaciones de unos con otros, y siendo la suma total del proceso la de las fases de oposición y concurso; solución que no nos parece contradictoria con la doctrina del Tribunal Constitucional, pero errónea por el planteamiento técnico que supone dar por aprobada una fase de oposición en que uno de sus ejercicios no se haya superado.

V.3.4.- Las acciones formativas de las Administraciones públicas en los concurso-oposiciones.

Vamos a referirnos a una fórmula bastante extendida en la normativa autonómica consistente en establecer una oposición o concurso-oposición dentro de las cuales se integra la realización de un curso o acción formativa o de adecuación o adaptación. Así, la DT 3ª.1ª de la LFP Extremadura se refiere a *prueba selectiva* y, en su caso, a *curso de adaptación*, o la Ley 1/1999 de Castilla-la Mancha, que instituye un curso inserto en todo el proceso.

El supuesto más significativo es precisamente el último de los referenciados: en la Comunidad de Castilla-la Mancha el proceso selectivo, calificado como autónomo y específico, se articula

²⁶³ Evidentemente, hay excepciones, formalmente correctas, pero que obtienen tal resultado; en la funcionarización del personal fijo de la Universidad de Murcia, se atribuyen a determinados ejercicios de la oposición carácter eliminatorio pero con puntuaciones inferiores a la nota media de cinco puntos (en torno a 3 puntos), que pueden ser equilibrados con la puntuación de la fase de concurso (BORM 6-9-2002).

en torno a un concurso-oposición –fase de oposición de la cual quedan eximidos los trabajadores fijos que ya superaron en su momento una oposición o concurso-oposición-compuesto por una prueba selectiva, un curso sobre materias relacionadas con el funcionamiento y la organización de la Administración y una valoración de méritos que no podrá superar el 45 por 100 de la puntuación total²⁶⁴. En ocasiones, incluso, la participación en el curso se articula bajo la fórmula de una convocatoria, ya que en la práctica el posterior concurso-oposición está constituido, en la fase de oposición, por una prueba sobre el contenido del curso²⁶⁵.

Del análisis efectuado, podemos concluir que los cursos, acciones o actividades formativas se articulan según las siguientes opciones:

- hay supuestos en que la acción formativa tiene una finalidad preparatoria del aspirante a fin de que pueda superar con posibilidades de éxito el proceso selectivo de funcionarización. En unos casos tal curso no computa como mérito posteriormente, en otros sí, localizándose convocatorias en donde no valorándose como tal si que se incorpora como requisito de participación, lo que a nuestro juicio es claramente contrario a la legalidad vigente; no es nada inhabitual, además, que se instituya la prueba selectiva de oposición en base a lo desarrollado en tal curso²⁶⁶.
- hay bases y convocatorias en que se incorpora el curso o acción formativa como inserto en el proceso selectivo de funcionarización, debiéndose asistir a un número mínimo de horas lectivas y superarlo en una prueba teórica o práctica final.

²⁶⁴ DT 2ª, apartados segundos y tercero, de la LFP Castilla-la Mancha, según redactado dado por Ley 1/1999.

²⁶⁵ En una aplicación particular de la legislación aragonesa, este es el modelo seguido por la Universidad de Zaragoza, entre otras. *Vid.* Resolución de 29-4-2002 por la que se convocan cursos de adecuación para la funcionarización del PAS laboral (BOA 6-5-2002).

²⁶⁶ Funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca, que establece como requisito de participación la superación con una valoración de apto dos cursos de promoción y, posteriormente, centrar el examen de oposición en el contenido desarrollado en los cursos señalados como requisito (BOCyL 26-2-2002).

- y por último, los supuestos en que el curso o acción formativa se comportan o configuran como auténtica y única fase de oposición del concurso-oposición o de la oposición misma.

Sistemáticamente, entendemos que la tercera posibilidad supone articular una vía propia *ad hoc* para la funcionarización, por lo que su estudio *in extenso* se realizará en un posterior apartado de este mismo capítulo. La primera de las opciones no formaría parte del proceso de selección, más allá de su posible valoración como mérito, por lo que se integraría más en aquellas acciones formativas o de preparación para superar pruebas que llevan a cabo las Administraciones Públicas y que en el caso de la funcionarización es una constante, solicitada tanto por los afectados como por las organizaciones sindicales, y a las que el ente público accede generalmente sin mayor dificultad. Es la fórmula que con mayor rigor se ajusta a la legalidad.

El segundo supuesto sí que integraría el concurso-oposición, u oposición en su caso, generalmente como un elemento del proceso, de tal forma que el aspirante deberá superar la fase de oposición, en la que se incluye tal acción formativa pero conjuntamente a una prueba de conocimientos teóricos y/o prácticos, y la fase de concurso, que puede ser previa o posterior a la de oposición. Nos remitiremos también a ella en el apartado correspondiente.

V.4.- Resultado del concurso-oposición.

El resultado final del concurso-oposición vendrá determinado por la suma de la puntuación obtenida en la fase de concurso, de carácter no eliminatorio, y de la fase de oposición, que sí tiene tal carácter, y sin perjuicio, tal como hemos señalado, de que en aquellos procesos en que uno o diversos ejercicios sólo se valoran como *apto* o *no apto*²⁶⁷, no pueden computarse en el resultado final, cuyo exponente más destacado son aquellas convocatorias –escasas– en donde ni la fase de concurso ni la de oposición –en sus respectivos ejercicios– suponen una valoración en puntuación sino únicamente de existencia o no de tal aptitud, en cuyo caso la

²⁶⁷ Así lo prevé, para todos los ejercicios del proceso, la Orden 127/2003 de 26 de diciembre de la Consejería de Administraciones Públicas de La Rioja, reguladora de su proceso de funcionarización.

relación final de aspirantes que superan el proceso únicamente concreta tal circunstancia, pero ningún orden de puntuación entre los candidatos²⁶⁸.

El criterio general de suma de la puntuación de la fase de oposición y de concurso, expresamente señalado en el art.9.7 de la OM 27-3-1991 es de común asunción por la normativa autonómica y por las diversas bases y convocatorias consultadas en todos los órdenes administrativos, por lo que, como ya hemos señalado, sin perjuicio de otras desviaciones de poder, parece haberse consolidado –y asumido– en la práctica administrativa la improcedencia del sistema de “*mochila*” proscrito con claridad absoluta por la jurisprudencia constitucional, al imponerse la tesis de que la capacidad prevalece sobre el mérito (STC 67/1989), lo que implica que si no se demuestra el mínimo de capacidad requerido en la fase de oposición, no pueden computarse los méritos, y si ello es posible, nunca podrán superar un porcentaje que como ya expusimos en la primera parte (capítulo tercero), se sitúa en el máximo tolerable en un 45 por 100 del total de puntuación total obtenible²⁶⁹; sin embargo, de la consulta normativa efectuada aún puede detectarse algún resquicio del referido sistema de *mochila*, que evidentemente reputamos contrario a Derecho²⁷⁰.

²⁶⁸ Es el supuesto adoptado en los procesos de funcionarización del personal laboral del CIEMAT, en donde la fase de concurso se califica con un resultado final de *apto o no apto*, sin perjuicio de que internamente deba superar una puntuación mínima, según la tabla de méritos reglamentariamente aprobada, y la misma lógica se aplica a la fase de oposición, en donde debe superarse una puntuación mínima (10 puntos sobre 20, por ejemplo) pero sin que ello se traslade en el resultado final, en donde también sólo se acredita el carácter de *apto o no apto* (Vid. Ordenes CTE/3255/2002 de 29 de noviembre (BOE 20-12-2002) y CTE/2387/2003 de 30 de julio (BOE 29-8-2003), ambas sobre funcionarización de titulados superiores del Centro).

²⁶⁹ La doctrina más reciente, sin embargo, se ha cuestionado tal parecer del Tribunal Constitucional, al entender que la jurisprudencia del mismo no proporciona una justificación para tal prevalencia, dado que no se deriva de ella una relación directa con el criterio de idoneidad para el desempeño del puesto y la superioridad de la capacidad sobre el mérito (FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: “*Reflexiones...*”, ob.cit., pág.65).

²⁷⁰ Así, en la funcionarización del Principado de Asturias, la Resolución de 29-6-1993 que regula el proceso selectivo prevé que los puestos obtenidos en la fase de concurso se podrían aplicar para superar la fase de oposición con el límite máximo del 10 por 100 en cada uno de los ejercicios (art.6.6).

VI.- EL CONCURSO COMO FORMULA SELECTIVA PARA FUNCIONARIZAR EL PERSONAL LABORAL.

El sistema del concurso de méritos no aparece previsto en la normativa estatal, en ningún caso, aunque sí en la autonómica, y concretado en la administración local de una forma bastante generosa, en muchas ocasiones sin respaldo legal. A nuestro juicio, el concurso se instrumentaliza, en los procesos de funcionarización, a través de dos vías, que denominados directa e indirecta.

La fórmula directa supone una previsión de tal modelo a través de una declaración expresa y clara de la normativa de aplicación.

La que denominamos fórmula indirecta supone instituir el modelo de la oposición o del concurso-oposición, pero en la práctica articulando un sistema selectivo que, ya sea a través de la fórmula de convalidación de ejercicios, o mediante la convalidación de experiencia práctica, se transforma exclusivamente en una valoración de méritos, al no llevarse a cabo, para personas específicas, las pruebas teóricas o prácticas. Un subgénero de ello es la valoración de méritos más la realización de un curso formativo, que podría ser clasificado sistemáticamente en el apartado, que luego estudiaremos, de acceso a la condición de funcionario a través de cursos formativos, especialmente si este curso debe superarse.

El Estado no ha acogido en ningún caso esta fórmula para funcionarizar a sus trabajadores. En el ámbito autonómico, en normas de rango legal –sin incluir el procedimiento indirecto, ya mencionado-, aparece escasamente reflejado. La fórmula directa se instituye con claridad, pero alternativamente, en la LFP La Rioja, conjuntamente con el concurso-oposición (DT 2ª.2), cuya articulación práctica ha supuesto que el concurso se aplica a todos aquellos trabajadores que en su acceso a la condición de laboral ya cumplieron un procedimiento selectivo equivalente al de los funcionarios²⁷¹.

²⁷¹ El art.1.3 de la Orden 127/2003 de 26 de diciembre de la Consejería de Administraciones Públicas de La Rioja prevé que el concurso es el “*sistema selectivo que se aplicará al personal laboral (...) cuando a la vista de su expediente profesional no sea necesaria una nueva fase de oposición..*”, en contraposición a aquel personal que “*sea necesario añadir la realización de alguna prueba teórica a la fase de concurso...*”.

Más ampliamente utilizado es el concurso a través de la plasmación en las bases y/o convocatorias de las Administraciones locales, siendo un método empleado por pequeñas²⁷², medianas y grandes²⁷³ Corporaciones, en algunos supuestos de forma masiva para funcionarizar toda la plantilla o colectivos homogéneos²⁷⁴. En cualquier caso, corresponde aquí establecer las razones legales que pudieran amparar la fórmula del concurso y los supuestos en que tal fórmula no procede.

Como ya hemos señalado, el concurso implica la comprobación y la calificación de los méritos de los aspirantes laborales fijos a la plaza de funcionario (art.4.2 RGI). Sus elementos esenciales, como ya hemos dicho son la existencia de competitividad y preferencia en función de la cualificación y el factor de los méritos aportados como elemento discriminador.

En primer lugar, en el concurso, al igual que el sistema de oposición, la competitividad y la preferencia derivada de la cualificación son elementos que se dan también, pero ello tiene una importancia escasa o inexistente en la funcionarización. Tal competitividad, puede afirmarse, no existe, al tratarse de un proceso restringido al máximo y la preferencia, esto es, la puntuación final de los aspirantes, tiene una importancia muy relativa o secundaria –cuando no inexistente- habida cuenta que se convocan tantas plazas como aspirantes y que el candidato que supera el proceso tiene un derecho *ex lege* –en algunos casos, obligación también, como es en la Administración del Estado, por dos años- de permanecer en su anterior puesto de laboral.

El segundo elemento, el factor discriminador de unos y otros aspirantes basado no en pruebas sino en los méritos preconstituidos aparece también muy difuminado, habida cuenta la ausencia de real competencia entre los candidatos y el orden de puntuación en que queden.

²⁷² Por mencionar algunos, Ayuntamiento de Castañar de Ibor (BOP de Cáceres 9-6-2003); Ayuntamiento de Azpeitia (BOP Guipúzcoa 19-3-2003); Ayuntamiento de Lorca (BORM 12-12-2002 y 28-1-2003); Cuadrilla de La Guardia-Rioja Alavesa (BOTH de Álava 29-1-1999).

²⁷³ Entre las más relevantes, por afectar a toda la plantilla laboral de la entidad y sus OOAA, la Diputación Provincial de Barcelona, a través de los Acuerdos del Pleno de 23 de marzo de 1995 y 23 de julio de 1997.

²⁷⁴ Así, en la funcionarización del Ayuntamiento de Montcada i Reixac, se procedió a través de concurso para cubrir 46 plazas de peón y 16 de limpiadoras (*sic*) (BOP de Barcelona 26-10-2000).

El fundamento jurídico del concurso como procedimiento de funcionarización es escaso. Se trata más de una fórmula basada en elementos ajenos al Derecho, en la mayoría de casos, como es integrar la funcionarización como un instrumento de la política de recursos humanos intentando evitar la conflictividad social interna de la entidad convocante al realizar pruebas teóricas o prácticas que suponen un esfuerzo a los candidatos, fruto generalmente de planteamientos políticos o de la presión de los afectados o sus representantes unitarios o sindicales.²⁷⁵. En Cataluña, la base jurídica del concurso ha sido algo más sólida, al amparo de la legislación de régimen local propia, como luego se indicará.

La normativa estatal establece la escala de gradación ya comentada: frente al criterio prioritario de la oposición, el preferente del concurso-oposición y el excepcional del concurso (STSJ Galicia 14-7-1999), en la funcionarización, en virtud de la DT 15ª e igualmente en la mayoría de Comunidades Autónomas, el sistema prioritario es el concurso-oposición. Si bien no existe un esquema de gradación idéntico, entendemos que con carácter general, en la funcionarización la oposición pasa a un segundo nivel, siendo sólo sistema preferente, en tanto que el concurso se mantiene igualmente como sistema excepcional.

La DT 15ª de la LMRFP o las normas autonómicas, sobre todo en las Comunidades en donde se aplica el principio de equivalencia, suponen una derogación singular del art.2 del Real Decreto 896/1991 de 7 de junio de reglas básicas y programas mínimos sobre selección en las corporaciones locales. Si bien aparentemente el carácter de norma básica del art.2 del Real Decreto (que también da carácter predominante al sistema de oposición) prevalecería, las reglas de jerarquía normativa y de especialidad amparan al concurso-oposición, sin perjuicio de entender que la naturaleza singular del proceso de funcionarización podría incardinarse, no sin alguna dificultad técnica, en el factor de "*naturaleza de las plazas*" o "*funciones a desarrollar*" que el propio art.2 establece como elementos que pueden permitir el concurso-oposición o el concurso.

²⁷⁵ Incluso en algunos supuestos así expresamente se establece. La funcionarización del Ayuntamiento de Castañar de Ibor se fundamenta en un pacto con la representación "*de los trabajadores*" (BOP de Cáceres 9-6-2003).

El sistema de concurso, por lo ya dicho, se convierte en un sistema excepcional, en donde ni tan siquiera la funcionarización, *per se*, parece argumento suficiente que lo justifique, aunque haya intentos en ese sentido²⁷⁶. La legislación catalana incide en su excepcionalidad y únicamente para cubrir plazas de los grupos A y B que por razón de sus funciones y características y de la tecnificación requerida para su desarrollo, deban ser ejercidas por personas de méritos relevantes y condiciones excepcionales (art.50 LFP Cataluña). La ampulosidad de los términos empleados por la norma catalana sitúan al concurso, incluso en la funcionarización, con un dudoso soporte jurídico, quizá relegado a puestos ocupados por personas muy específicas, en un requerimiento jurídico en donde se yuxtaponen las características singularísimas del puesto con el expediente profesional del candidato. El otro soporte jurídico ha sido vincular las plazas a funcionarizar a Cuerpos y Escalas de Administración Especial o del grupo E, de acuerdo con lo previsto en la legislación municipal catalana, pero a nuestro juicio, a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tampoco nos parece que tal respuesta sea lo suficientemente sólida y buena prueba de ello es que el nuevo texto refundido de régimen local catalán aprobado por Decreto Legislativo 2/2003 de 28 de abril ha suprimido la referencia a la Escala de Administración Especial y al grupo E (art.290.2), limitándolo únicamente al ámbito fijado en el art.50 LFP Cataluña²⁷⁷.

Como hemos señalado, las razones prácticas derivan, en la inmensa mayoría de supuestos, de la aplicación de una política de recursos humanos que intenta evitar un elevado grado de conflictividad en la funcionarización, derivado de factores muy diversos, comprensibles desde una perspectiva humana, cuando no fruto de presiones sindicales u de otro tipo: trabajadores con larga experiencia profesional pero escasa capacidad de aprendizaje teórico o con dificultades para superar una prueba teórico-práctica, malestar en la organización pública por exigirse la superación de una o varias pruebas a empleados que han desarrollado con total normalidad y calidad sus funciones, el sentimiento de discriminación frente a los funcionarios

²⁷⁶ La funcionarización del personal laboral de la Diputación Provincial de Barcelona ha amparado el concurso en la "*naturaleza del proceso*" (BOP Barcelona 17-4-1995 y 7-8-1997), ejemplo seguido por otras corporaciones locales de la provincia.

²⁷⁷ Ello supone, en consecuencia, una derogación expresa de tal fórmula, lo que no ha impedido que continúe siendo acogida por convocatorias de funcionarización posteriores a su promulgación, como es el caso de las plazas afectadas por el Plan de Actuación en materia de Empleo de la Diputación Provincial de Barcelona de 25 de septiembre de 2003, que acoge al concurso al amparo del RPSELC (art.65.3).

por parte de aquellos trabajadores que para llegar a serlo deben superar dos veces unas mismas o similares pruebas: primero como laborales y posteriormente para consolidar un estatus de funcionario, el difícil encaje humano y de gestión de todos aquellos aspirantes que por razones de diversa índole no desean participar en una prueba, no la superan o no cumplen los requisitos mínimos para tal participación, por lo general por ausencia de titulación. Evidentemente la presión de los órganos de representación de trabajadores es innegable, y ya hemos constatado elementos prácticos en este sentido.

El análisis de las normas legales y reglamentarias consultadas y, especialmente, de las convocatorias, permiten establecer un variado panorama de méritos a valorar (experiencia, formación, puestos desarrollados, etc...) por lo que nos remitimos a lo expuesto en su momento al tratar el concurso-oposición como procedimiento de funcionarización. Sin embargo, dos son los elementos valorativos que por su condición predominan, ya no tanto porque se valoren en el concurso sino porque justifican, como hemos señalado, el mismo sistema del concurso; son méritos que podrían calificarse de *prioritarios* o *básicos*, cuyo cumplimiento supone *de facto* la superación del proceso selectivo. En concreto los servicios prestados como trabajador y la superación en su momento de un proceso selectivo para la condición de fijeza²⁷⁸. En segundo término aparecen los méritos que pueden calificarse como *subsidiarios* o *no básicos*, como son la valoración de determinados niveles académicos o de formación, experiencia en otras Administraciones públicas o en el sector privado, entre otros.

En cuanto a otros méritos, puede reproducirse aquí todo lo ya expuesto al analizar la fase de concurso del procedimiento de concurso-oposición. Sin embargo, sí señalaremos que por regla general, se incorporan a la tabla de méritos un conjunto de supuestos con un mayor o menor denominador común:

²⁷⁸ En la Comunidad de la Rioja, que ha seguido este modelo cuanto menos desde la perspectiva legal, se recogen en el art.16.2 de la Ley 10/2002 de 17 de diciembre de medidas fiscales y administrativas de La Rioja, en la DT 2ª.2 de la vigente LFP y el art.7 de la Ley 7/2000 de 19 de diciembre de medidas fiscales y administrativas, en lo que se refiere a los servicios prestados; en cuanto a la superación de un proceso selectivo, *vid.* art.16.2 de la Ley 10/2002 mencionada, que se concreta en la Orden 127/2003 de 26 de diciembre de la Consejería de Administraciones Públicas sobre funcionarización del personal laboral de la Comunidad.

- la experiencia profesional, generalmente centrada en el desarrollo adecuado de puestos de trabajo correspondientes a la plaza a la cual se opta.
- niveles de formación y titulaciones académicas, en éste último supuesto generalmente de grado superior al exigido como requisito de participación en la convocatoria.
- los servicios prestados, con carácter general, que en ocasiones se articulan a través del simple cómputo de la antigüedad en sentido genérico, en el sector público.
- en menor medida, el cómputo de servicios prestados en el sector privado, en puestos que guarden relación con el desempeñado en el sector público.
- la apreciación de la capacidad de los aspirantes.

Es precisamente esta última la de mayor complejidad jurídica y ha sido incorporada por algunas entidades locales, destacando en este sentido el proceso de funcionarización de la Diputación Provincial de Barcelona y sus OOAA. En concreto, la apreciación de la capacidad supone que el aspirante debe realizar un conjunto de pruebas, generalmente prácticas, cuyo objeto es comprobar el nivel de conocimientos, habilidades y condiciones para el ejercicio de las funciones propias de la plaza, si bien alternativamente se permite su convalidación si el aspirante superó en su momento un proceso selectivo para acceder a la condición de trabajador fijo. Diversas son las cuestiones que al respecto cabe plantear:

a) una primera consideración práctica: se instituye como concurso lo que en otras normas se denomina oposición o concurso-oposición, pero con la posibilidad de convalidar totalmente la fase de oposición si ya se han superado pruebas de acceso como laboral. La fórmula adoptada en la Corporación provincial barcelonesa además requiere la efectiva superación de tal comprobación, no siendo valorados los restantes méritos si no se alcanza, por lo que en la práctica, se instituye un concurso-oposición con denominación formal de concurso.

b) en segundo lugar, el sistema tiende a una individualización acusada de la comprobación o apreciación de la capacidad, pues de lo contrario supondría desvirtuar el concurso transformándolo en un concurso-oposición para ingresar en un Cuerpo o Escala. Por ello, las convocatorias consultadas insisten mucho en señalar que las pruebas medirán el grado de experiencia y conocimientos respecto de las funciones de las plazas a proveer, y además, deberán ser individualizadas por cuanto aquella prueba se efectuará en base a “*las fichas descriptivas de las funciones propias de las diferentes categorías*”²⁷⁹.

VII.- LA OPOSICION COMO FORMULA SELECTIVA PARA FUNCIONARIZAR EL PERSONAL.

El sistema de la oposición ha sido elegido de forma minoritaria por las normas de funcionarización, en base a las razones antes mencionadas. Es la opción acogida por la legislación de Aragón, Murcia, Canarias²⁸⁰ y aplicada en la práctica por otras convocatorias específicas como es el caso de la Generalitat de Cataluña, pese a la antecedente previsión de la ley o el reglamento correspondiente a favor del concurso-oposición²⁸¹.

Una nota bastante común a este procedimiento es que en un primer momento, las normas autonómicas optaron también por el concurso-oposición, para luego reconducirse a la oposición, quizá asumiendo el criterio antes expuesto de la falta real de competencia entre los aspirantes, dado el carácter de máxima restricción en la participación. En la LFP Aragón se estableció, no obstante, el modelo del concurso-oposición, en virtud de su DT 5ª, según

²⁷⁹ Al respecto, Acuerdos plenarios de la Diputación Provincial de Barcelona de 23 de marzo de 1995 y 23 de julio de 1997, publicados en el BOP de 17-4-1995 y 7-8-1997, respectivamente.

²⁸⁰ Aunque con dudas, por su redacción legal. Así, la DA 7ª LFP Canarias prevé la superación de pruebas y cursos de adaptación, pero no establece ninguna valoración de méritos de forma expresa; el art.29 de la Ley 97/2002 de 23 de abril de normas diversas –entre ellas de función pública- reitera tal procedimiento, sin referencia alguna a fase de méritos. *Idem*. DA 3ª Ley 8/1999 de 27 de abril, regulando la funcionarización del personal laboral docente de formación profesional marítimo-pesquera de Canarias o la funcionarización de la Universidad Autónoma de Barcelona.

²⁸¹ Es el criterio seguido en la funcionarización de la Generalitat de Cataluña, pese a que su LFP permite el concurso-oposición y, más recientemente, por la Ley 17/2002 de 5 de julio de Servicio de Empleo. Entre las Universidades, la Universidad de Sevilla (BOE 17-10-1995), pese a la remisión supletoria que hace a la Orden de 27-3-1991, que prevé el concurso-oposición.

redacción dada por Ley 12/1996 de 30 de diciembre, que modificó el texto inicial de 1991, que también preveía tal opción²⁸². Sin embargo, la normativa reglamentaria de desarrollo (Decreto 163/1998 de 15 de septiembre) prevé el sistema de oposición por turno único (art.6). En idéntico sentido acontece en la legislación de Murcia , en donde el concurso-oposición aparece previsto en la DT 12ª de la LFP, pero articulado como oposición finalmente en las dos normas reglamentarias aprobadas hasta el momento, bajo la denominación singular de “*pruebas específicas de integración*”²⁸³ o en Cataluña, en donde la posible valoración del expediente administrativo que permite la LFP no se ha concretado en ninguna de las convocatorias de acceso a las escalas generales y especiales de funcionarios autonómicos convocadas a lo largo del período 2001-2003.

El esquema seguido en estas Comunidades es muy similar o idéntico a aquello expuesto para la fase de oposición en el concurso-oposición. Como común denominador podemos fijar los siguientes aspectos:

- las pruebas comprenden ejercicios teóricos y prácticos, normalmente con carácter eliminatorio cada uno de ellos, o en su conjunto, si bien para los grupos de clasificación inferiores (C, D y E) es habitual llevar a cabo pruebas teóricas tipo test²⁸⁴. No obstante, hay regulaciones que agrupan todos los ejercicios en uno sólo, subdividido en diferentes partes, y otorgando a cada una de ellas el carácter de no eliminatorio, lo que permite una mayor facilidad y flexibilidad para alcanzar el resultado mínimo de superación²⁸⁵.

²⁸² En concreto, la DT 5ª se refiere a la superación de “*pruebas*” y también a la valoración como mérito de los servicios prestados como laboral.

²⁸³ El primer texto reglamentario es el Decreto 102/1991 de 7 de noviembre sobre pruebas específicas para la integración funcional del personal laboral, derogado y sustituido por el vigente Decreto 87/1994 de 9 de diciembre, de igual contenido.

²⁸⁴ Para los grupos C y D, en Aragón, *vid.* art.8.1 del Decreto 163/1998 de 15 de septiembre.

²⁸⁵ Decreto 102/1991 de 7 de noviembre y el posterior Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de funcionalización de la Comunidad de Murcia.

- en algunos supuestos se prevé la posterior asistencia de un curso de formación, denominado de formas diversas como “*curso de adaptación*”²⁸⁶ o similares. En todo caso, el nivel de dificultad de los cursos, o de las pruebas mismas de existir, está altamente mermado y en algunos supuestos la aparente formalidad de la posición esconde un proceso muy laxo, escasamente exigente²⁸⁷.

- no es inusual la existencia de exenciones en cuanto a la totalidad o parte de las pruebas selectivas. En este supuesto, el modelo seguido permite convalidar aquellas pruebas ya realizadas en la selección como personal laboral fijo, pero también es posible localizar convalidaciones en base al cumplimiento de determinados servicios efectivos, lo que en la práctica implica transformar la aparente oposición en un concurso-oposición, al reducirse el temario a estudiar, valorándose en su lugar uno u otro elemento²⁸⁸. Esta opción puede llegar a suponer una auténtica desnaturalización del proceso de oposición, reduciéndolo al mínimo especialmente si el aspirante se halla en el supuesto de haber accedido en su momento a la condición de trabajador fijo mediante un procedimiento público y reglado²⁸⁹.

- una consideración especial merece la práctica llevada a cabo por la Generalitat de Cataluña. Tal como hemos expuesto, la LFP prevé la posible valoración del expediente administrativo del trabajador fijo en el proceso de funcionarización. Sin embargo, las convocatorias llevadas a cabo a lo largo del periodo 2001-2003 no se han articulado a través del concurso-oposición,

²⁸⁶ Decreto 163/1998 de 15 de septiembre del Gobierno de Aragón.

²⁸⁷ Numerosos son los ejemplos posibles. Señalar que en la funcionarización de auxiliares administrativos de la Universidad Autónoma de Barcelona, las pruebas son de tal laxitud como lo acredita que se solicite la cumplimentación de un documento administrativo para demostrar la comprensión de las instrucciones recibidas por el Tribunal, la confección de un cuadro alfanumérico en Word 6.0 y un ejercicio de composición de lengua extranjera, a nivel básico, más una entrevista final (DOGC 1-3-2000).

²⁸⁸ Así, el art.7.2 del Decreto 163/1998 de 15 de septiembre del Gobierno de Aragón convalida las pruebas específicas realizadas en su momento, si fueron en régimen de libre convocatoria pública, pero también los servicios efectivos prestados durante un periodo igual o superior a seis años.

²⁸⁹ Uno de los supuestos más evidentes es la legislación de Murcia, que divide el ejercicio selectivo en tres pruebas: la primera corresponde a un cuestionario de preguntas con respuestas alternativas, la segunda una prueba práctica y la tercera una entrevista sobre los trabajos y funciones desarrolladas en los diferentes puestos desempeñados. Si el aspirante supera la puntuación mínima de la primera prueba y acredita la condición de fijo a través de un proceso selectivo adecuado, queda exento de la segunda y tercera prueba y se considera que supera ya el proceso de funcionarización (art.3 Decreto 87/1994 de 9 de diciembre).

sino como oposición. En este supuesto general específico no creemos que haya contradicción entre el redactado de la Ley y las bases y/o convocatorias, sencillamente por que la DT 10.4 prevé una hipótesis, pero no establece un mandato: “*el expediente administrativo podrá ser valorado como mérito, en la forma y con las condiciones que sean establecidas..*”.

Por el contrario, entendemos que sí sucede una colisión, que debería resolverse a favor de la Ley, en la funcionarización, numéricamente significativa, de los trabajadores del Servicio Catalán de Empleo. En este supuesto, la Ley 17/2002 de 5 de julio fija expresamente que la fase de concurso comprenderá un 40 por 100 de la puntuación total y un 60 por 100 la de oposición. En la práctica, las convocatorias aprobadas y publicadas a lo largo del año 2003 únicamente instituyen el concurso-oposición como fórmula de consolidación del personal interino, a través de una fórmula especial denominada “*convocatoria extraordinaria*”, calificada también como turno de reserva especial –la denominación asumida por funcionarización en Cataluña-, pero ajeno propiamente a la misma, en tanto que el más de un centenar de plazas laborales adscritas al proceso de funcionarización se han articulado, pese a la dicción legal, por el sistema de oposición²⁹⁰. A nuestro juicio, tal proceso incurre una ilegalidad manifiesta al contradecir la prescripción legal que establece un procedimiento específico y no otro.

VIII.- OTRAS FORMULAS SELECTIVAS.

La normativa autonómica de función pública ha configurado, frente a los sistemas de oposición, concurso y concurso-oposición, otras fórmulas selectivas, que conviene enjuiciar en cuanto a su adecuación a la legalidad, a pesar de que *prima facie*, al amparo de la ley y como ha venido a recordar la doctrina científica, en el sistema español no caben otros sistemas alternativos a aquellos, como serán los diversos que a continuación analizaremos o incluso, como se ha apuntado, la usucapión, negada su aplicación para el caso del personal laboral²⁹¹.

²⁹⁰ Son las Resoluciones GR 2362/2361/2360/2359 y 2358 de 23 de julio, de funcionarización de una plaza de subalterno, sesenta plazas de auxiliares administrativos, diez de administrativos, doce de la escala de gestión y veintiuna de la escala superior (DOGC 1-8-2003).

²⁹¹ ILDEFONSO HUERTAS, Rosa Maria: “*La selección de personal*”, en AA.VV: “*Lecciones de función pública*” (dir.F.A.Castillo Blanco). Cemci. Granada, 2002, pág.208.

VIII.1.- El acceso a través de fórmula mixta por factores personales (funcionarización según condiciones individualizadas de los aspirantes).

A través de tal denominación nos referimos a fórmulas selectivas que no instituyen un procedimiento selectivo específico para todos los aspirantes sino que en función de criterios personales que afectan a cada uno de ellos, el procedimiento puede ser el concurso, la oposición o el concurso-oposición. Sistemáticamente no se diferencian de ellos, en cuanto al contenido respectivo, pero sí en su articulación en las bases y/o convocatorias. Esta opción aparece en la normativa de La Rioja, entre otras, e instituye un procedimiento en el cual, en una misma convocatoria, la Administración señala nominalmente quien podrá optar por el sistema de concurso o por el de oposición, pero que también ha sido aplicado en el ámbito local, sin ningún soporte legal o reglamentario²⁹². Entendemos que tal sistema colisiona con el principio de seguridad jurídica, previsto en la norma, según el cual en las bases debe determinarse el procedimiento de selección que deben seguir todos los aspirantes, máxime cuando los términos empleados por la normativa consultada son igualmente indeterminados: *“concurso: sistema selectivo que se aplicará al personal laboral (...) cuando a la vista de su expediente profesional no sea necesaria una nueva fase de oposición...”*, en tanto que el concurso-oposición será preciso cuando *“a la vista de su expediente profesional sea necesario añadir la realización de alguna prueba teórica a la fase de concurso...”* (art.1.3 Orden 71/2001 de 27 de junio de La Rioja e idéntico precepto de la reciente Orden 127/2003 de 26 de diciembre).

VIII.2.- El ingreso directo en la condición de funcionario.

La integración, incorporación o acceso a la condición de funcionario directamente, sin prueba selectiva de ningún tipo, esto es, sin la realización de una oposición, concurso-oposición o cuanto menos concurso, ni aún de carácter restringido, se entiende absolutamente proscrito en

²⁹² En la funcionarización de la Diputación Provincial de Cuenca se opta por idéntico sistema, sin aclarar ni concretar quienes optan por el concurso y quienes por la oposición, pero parece deducirse que el primero es para aspirantes que han asistido a un curso de 50 horas (independientemente de su grupo de clasificación) y la oposición, compuesta por una única prueba tipo test, para los que no acudieron al curso (BOP de Cuenca 19-2-2003). Mucho más paradójico es la funcionarización del Ayuntamiento de Uburbil, que se instituye por concurso de méritos pero si no se superan, se procede a otorgar al aspirante una nueva e inmediata opción a través de concurso-oposición, lo que entendemos claramente ilegal (BOP de Gipúzkoa 23-5-2003).

la función pública española. La jurisprudencia ha tenido oportunidad de así establecerlo con rotundidad en las ya en otras ocasiones mencionadas SSTC 67/1989 y 388/1993, de tal forma que la antigüedad, como título único y excluyente de cualquier otro mérito, como legitimador para el acceso a la función pública, está prohibida por la CE.

Aunque formalmente sea más dudosa, entendemos que igualmente es improcedente el acceso directo a un Cuerpo o Escala funcionarial, sin prueba selectiva, por integración directa desde otro Cuerpo o Escala declarado a extinguir, si en el se incorporan trabajadores funcionarizados que no reunían alguno de los requisitos establecidos legalmente, fundamentalmente el de la titulación. En este sentido, la inicial normativa reglamentaria de la Comunidad de Murcia validó la participación en el proceso de funcionarización de trabajadores sin el título necesario, pero integrándoles en un Cuerpo o Escala a extinguir y permitiendo que si en el plazo de cinco años obtenían la titulación, acontecería la posterior integración, sin ningún tipo de prueba o proceso selectivo, en el Cuerpo, Escala, opción o especialidad a que fue equiparado originariamente el puesto de trabajo laboral ocupado (DT 3ª del Decreto 102/1991 de 7 de noviembre sobre pruebas específicas para la integración funcionarial del personal laboral de la Comunidad de Murcia). A pesar de la aparente bondad del sistema, entendemos que la consecuencia es una quiebra de los principios previstos en los arts.23.2 y 103.3 de la CE.

Por ello, esta fórmula no está recogida legalmente en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad, sin perjuicio de que *de facto* algunas de las experiencias ensayadas por algunas entidades supongan casi un ingreso directo, sustentado bajo un proceso selectivo formal. Sin embargo, una excepción destacada a ello sí debe señalarse: la Comunidad Foral de Navarra ha articulado un procedimiento de funcionarización directo, en virtud del cual el trabajador se incorpora a la condición de funcionario sin mayor trámite que la cumplimentación de una instancia solicitándolo.

El modelo navarro de función pública se sustenta en una singularidad única en España, en base a la Disposición Adicional primera de la CE y la Ley Orgánica de Amejoramiento del Fuero, que han posibilitado la promulgación de un texto legal, el Decreto Foral Legislativo 251/1993 de 30 de agosto de Texto Refundido de Estatuto de Personal al servicio de las

Administraciones Públicas de Navarra (EPAN), que se aleja del esquema de empleo público diseñado por la LMRFP que, además, no sólo es el asumido por las restantes dieciséis Comunidades Autónomas de régimen general o no foral, sino también por la del País Vasco, igualmente amparado por la DA 1ª.

En el sistema navarro se plantean, pues, singularidades que son de difícil encaje en el tratamiento general de la funcionarización, por cuanto su propia función pública constituye un modelo único y en ocasiones antitético al del resto de España. Por ello, creemos oportuno tratar la funcionarización en Navarra, fundamentalmente desde la perspectiva del procedimiento selectivo –o mejor dicho, su ausencia- en un apartado final específico, para establecer su adecuación a la norma constitucional, en base a su propia singularidad; en consecuencia, diferimos el estudio de la fórmula del acceso directo al capítulo quinto, de esta segunda parte de la presente tesis.

VIII.3.- La selección a través de un proceso de formación.

El modelo de acceso a la condición de funcionario del personal laboral fijo a través de una funcionarización *ad hoc* según la cual el proceso selectivo se articula en torno a una acción o proceso formativo no ha sido –y no es- en absoluto anecdótico, sino que ha sido elevado, por parte de las Comunidades Autónomas y a partir de ellas, por numerosas Corporaciones locales y determinadas Universidades Públicas, a fórmula ampliamente utilizada.

Sin perjuicio de la legalidad del sistema –sobre lo cual tendremos ocasión de volver al final de este apartado-, la funcionarización mediante una selección a través de un curso o una acción formativa se ha articulado en base a dos tipos de fórmulas, que a nuestro juicio implican, *de facto*, idéntica lógica, filosofía y aplicación práctica:

- a) la acción formativa o curso de formación de preparación de la funcionarización que se constituye, en cuanto a su participación en el mismo y su superación final, como proceso selectivo propiamente dicho, con el resultado de que aquellos trabajadores que superen el examen o módulo de control final son nombrados funcionarios de carrera.

Así, la Ley 1/1996 de Valencia literalmente prevé que “...*quienes superen los cursos serán nombrados simultáneamente funcionarios...*” (art.8). Supone por ello considerar que la funcionarización se lleva a cabo a través de “*cursos de carácter selectivo*”²⁹³, supliendo el modelo de proceso selectivo propio de la función pública española; con parecido modelo, la Ley asturiana 4/1996 de 13 de diciembre, suspendida en su aplicación por el Tribunal Constitucional²⁹⁴ o la Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha según la cual el personal exento del concurso-oposición debe superar como proceso de selección un curso selectivo, según el tenor literal de que “*el proceso selectivo consistirá en la superación del curso selectivo de formación...*” (art.1.2.a)

- b) Mucho más generalizada es la institucionalización, formal, de un proceso selectivo a través de oposición o concurso-oposición, con un conjunto de pruebas teóricas y prácticas prefijadas, que pueden, sin embargo, ser convalidadas por el cumplimiento de determinados criterios de experiencia profesional o, más comúnmente, por haber superado en su momento pruebas selectivas de igual contenido o alcance para ser personal fijo, si bien en ocasiones tampoco este último requisito es obligatorio. En este supuesto, el proceso implica la convalidación de la parte de oposición por la obligatoria realización de un curso de formación, que debe superarse –generalmente con criterios muy generosos-, pudiéndose añadir una valoración de méritos, aunque no necesariamente, en cuyo caso a nuestro juicio se instituye una fórmula mixta o híbrida de selección por *concurso-formación* de difícil clasificación en nuestro modelo de empleo público²⁹⁵.

²⁹³ En estos términos se expresa la DA 10ª de la LFP Valencia, añadida por el art.19 de la Ley 10/1998 de 28 de diciembre de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat Valenciana. También la Administración local y universitaria valenciana han seguido mayoritariamente este modelo.

²⁹⁴ La providencia de 8-4-1997 suspendió su vigencia y aplicación, y ésta fue mantenida por ATC 24-6-1997.

²⁹⁵ Así, Capítulo III, apartado 3º del Acuerdo entre la Administración de Extremadura y los sindicatos de 25-1-1995 (BOE 17-2-1995).

A nuestro juicio, las dos fórmulas pueden calificarse de igual forma, y entendemos que pese a que formalmente la segunda pueda articularse mediante un concurso, oposición o concurso-oposición, la consecuencia práctica es que la asistencia y, en su caso –no siempre- la superación del concurso da derecho a la adquisición de la condición de funcionario sin mayor impedimento.

Ambos procedimientos, han sufrido a lo largo del tiempo una acentuación, por cuanto en su inicio, la legislación autonómica no se expresaba con rotundidad en cuanto a estas opciones. Así, la paradigmática –en este supuesto- normativa valenciana: la norma reglamentaria de 1994 (Decreto 154/1994) instituyó unas “*pruebas específicas*” que debían respetar los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad (art.4); posteriormente, se previó en el texto refundido de LFP de 1995 que la funcionarización se llevaría a cabo a través de “*pruebas específicas*” o “*cursos de adaptación*” (DT 1^a)²⁹⁶, transformándose en la Ley de 1996, que luego analizaremos, en cursos de carácter selectivo, como única fórmula.

Analizaremos a continuación los dos modelos, para finalizar enjuiciando su constitucionalidad.

VIII.3.1.- Modelo de acceso a la condición de funcionario mediante cursos formativos.

Esta fórmula ha sido utilizada por la Comunidad Valenciana (y, en base al principio de equivalencia, aplicado también por las Corporaciones locales y Universidades públicas de Valencia) y por la Comunidad de Madrid y ha sido intentada –pero suspendida en su aplicación- por el Principado de Asturias.

El esquema seguido se bifurca en dos variantes, en base a las consideraciones personales y subjetivas de los aspirantes: aquellos en que se tienen en cuenta tales (3.1.1) y los que parten

²⁹⁶ En idéntico sentido, la negociación colectiva de la Comunidad Valenciana: así, únicamente refiriéndose a pruebas selectivas el Capítulo XXI del Acuerdo de 6-2-1995 para el período 1995-1997 (DOCV 10-2-1995), o a éstas o cursos de adaptación en la DA 3^a del II CC del personal laboral de la Comunidad de 31-5-1995 (DOCV 12-6-1995).

de una consideración igual para todos los que se postulan para un puesto de funcionario (3.1.2).

VIII.3.1.1.- Modelo selectivo a través de cursos de formación graduados en función de las circunstancias de cada aspirante.

Esta graduación acostumbra a depender del mayor o menor respeto que a los principios de igualdad, mérito y capacidad pudo tenerse para adquirir la originaria condición de trabajador fijo, lo que supone que la acción formativa comprenderá un número de horas lectivas más o menos numerosas en función de lo expuesto. En este sentido, el proceso se articula a través de lo que podemos denominar *escala de gradación de incumplimiento*, de tal manera que a mayor incumplimiento de formalidad y requisitos legales y constitucionales en el acceso a la condición de laboral fijo, mayor exigencia de carga lectiva se precisa.

El supuesto más significativo de este modelo se articula a través de la Ley 1/1996 de 26 de abril de adaptación del régimen jurídico del personal de la Generalitat Valenciana a la naturaleza de los puestos ocupados, con un esquema formal, que distingue entre puestos de Administración Especial y General, o el de la Orden de 24-7-2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aunque ha sido también aplicado por numerosas Corporaciones locales, a través del principio de equivalencia entre norma autonómica y local (Comunidad valenciana), pero también otros entes públicos sin aparente soporte normativo²⁹⁷.

Nos referiremos, en primer término, al modelo seguido por la Comunidad Valenciana, por ser un referente que doctrinalmente ha merecido un cierto seguimiento²⁹⁸.

²⁹⁷ Es el modelo seguido por diversas Diputaciones Provinciales. En concreto, la Diputación de Cuenca instituye un curso de cincuenta horas, indistintamente, para el personal de las áreas de recaudación y gestión tributaria de los grupos B, C, D ó E, en donde ni tan siquiera hay prueba final, sino una evaluación continuada y la elaboración de un trabajo personal.

²⁹⁸ Así, el profesor SÁNCHEZ MORÓN lo ha calificado como procedimiento escasamente exigente y desvirtuador de la fórmula de acceso a la función pública restringida. En general, toda la doctrina consultada es especialmente crítica con el procedimiento seguido en la Comunidad Valenciana, como luego tendremos ocasión de reiterar. Paradójica –y significativamente- esta última Ley no ha sido objeto de ningún recurso de inconstitucionalidad por parte del Gobierno central.

1) Funcionarización para el acceso a Cuerpos de la Escala de Administración Especial.

a) si el acceso a la condición de trabajador fijo fue por turno libre, y con respeto a los criterios selectivos establecidos en las normas reglamentarias de selección aprobadas por la Comunidad, la adquisición de funcionario requerirá la realización de un *curso selectivo* que oscila²⁹⁹ entre 50 horas lectivas para el grupo A y 5 horas lectivas para el grupo D (escala de administración especial).

b) si el acceso fue por concurso de méritos, concurso-oposición subsidiario de concurso de provisión o la convocatoria para ser laboral fijo no se ajustó a las normas procedimentales de selección reglamentariamente aprobadas por la Comunidad, el *curso selectivo* supondrá 150 horas de duración para el grupo A, descendiendo hasta 15 horas para el grupo D (escala de administración especial). Este criterio de referencia temporal –momento de aprobación de las normas de la Comunidad- ha sido asumido con igual aceptación por las Corporaciones locales valencianas.

c) Si el acceso fue sin mediar prueba selectiva de ningún tipo, se precisa la superación de dos *cursos selectivos*, el primero de 150 horas y el segundo de 50 horas –siempre grupo A- descendiendo progresivamente para los siguientes grupos de clasificación (escala de administración especial).

d) El esquema anterior se aplica igualmente también a los trabajadores integrados en la Administración valenciana subrogados desde otras Administraciones, si bien estableciendo un *plus* de exigencia superior al personal propio: si hubieran celebrado pruebas selectivas reglamentarias, se aplicará el modelo de 150 horas, y si no acreditaran tales pruebas, la fórmula será de 150 + 50 horas (grupo A), con porcentajes inferiores en los restantes grupos de clasificación.

²⁹⁹ En la legislación valenciana, el esquema se basa en el criterio porcentual, de tal manera que se toma como referencia siempre el número de horas lectivas exigidas para el grupo A y, a partir de ahí, se desciende, exigiendo un 60% de aquellas para el grupo B, 25% para el grupo C y el 10% en el grupo D.

2) Funcionarización para el acceso a Cuerpos de la Escala de Administración General.

La norma valenciana no distingue entre procedimientos o fórmulas de inicial acceso a la condición de laboral fijo si tal funcionarización es para incorporarse a un Cuerpo de la Escala de Administración General, instituyendo la necesidad de superar dos cursos, el primero de 150 horas y el segundo de 100, si es para el grupo de clasificación A, y descendiendo en porcentaje para los restantes. De la articulación del modelo valenciano puede deducirse que el acceso a la originaria condición de trabajador fijo debió ser en todos –o la inmensa mayoría- de los casos sin mediar proceso selectivo reglamentario alguno, pues la norma no exceptúa en ningún supuesto..

Este modelo se aplica también a los trabajadores fijos originarios de otras entidades públicas y subrogados en la Administración valenciana, aunque hubieran adquirido la condición de fijeza en su momento mediante pruebas escrupulosamente respetuosas con los principios constitucionales, y que ocupan puestos de administración general. Tal regulación nos parece contraria al principio de igualdad, al tratarse de manera diferente situaciones idénticas, sin que la consideración de que la prueba selectiva superada en otra Administración pueda calificarse de elemento de distinción objetivo y razonable por cuanto supone atribuir una menor calidad u objetividad al Tribunal selectivo que en aquella se constituyó; nuestro criterio es, pues, el de la inconstitucionalidad de este supuesto de distinción, sin perjuicio de que como tendremos ocasión de analizar, entendemos que el modelo en sí mismo no cumple los requisitos de constitucionalidad exigibles en ningún caso.

Es lógico en todos estos supuestos, que estos cursos tengan una única finalidad, y así lo acreditan las normas consultadas, por lo que no podrán utilizarse con fines distintos a los de la funcionarización (así, DA 2ª Ley 1/1996). En todo caso, en cuanto al resultado de los cursos, las normas prevén las fórmulas necesarias para superarlos, exigiendo así una “*evaluación continuada y pruebas finales*”³⁰⁰.

³⁰⁰ DA 10ª LFP Comunidad Valenciana, según redactado dado por Ley 10/1998 de 28 de diciembre.

En el ámbito de la Administración local valenciana también se ha utilizado este modelo con carácter muy mayoritario con escasos niveles de exigencia³⁰¹, y es la fórmula asumida también por las Universidades públicas de esta Comunidad³⁰²; hemos comprobado que, en la práctica, se ha incorporado por la vía de hecho en la Comunidad de Murcia en muchas bases y convocatorias específicas³⁰³, quizá por razones de proximidad geográfica con aquella primera.

En la Comunidad de Castilla-La Mancha, la tipología del proceso selectivo formativo depende de que el aspirante hubiera superado en su momento una oposición o concurso-oposición³⁰⁴. Si ello no acontece, la funcionarización se canaliza a través cursos de formación, en donde los requisitos de exigencia se minoran al máximo: el curso es a distancia, con una duración de 50 horas lectivas, con sólo algunas sesiones presenciales. La evaluación del curso se lleva a cabo a través de la resolución de *unidades didácticas*, controladas por un *tutor*, y una prueba selectiva de evaluación final de carácter laxo: prueba escrita en el tiempo máximo de sesenta minutos de varias actividades prácticas relacionadas con el temario y valoración final de *apto* o *no apto*.

³⁰¹ El modelo local valenciano ha asumido la legislación autonómica sin mayores complejos. El sistema de cursos, con el requerimiento de un mínimo de asistencia del 85 por 100, es el procedimiento ordinario, incluso con un nivel de exigencia aún menor que el de la ley autonómica: así, curso de 25 horas para quien fue laboral a través de pruebas selectivas y de 50 para quien no las superó (Ayuntamiento de Benigembla, BOP de Alicante 17-8-2002; en el mismo sentido, Ayuntamiento de Hondón de los Frailes, BOP de Alicante 11-7-2002, Finestrat, BOP de Alicante 2-3-2002, pero también incluso en entidades locales diferentes de Ayuntamientos y Diputaciones; así, en la Mancomunidad de la Vid y el Mármol de Alicante (BOP de Alicante 2-7-2002).

³⁰² En este sentido, la Resolución de 27 de febrero de 1997 de la Universidad de Valencia es una adaptación, con transcripción casi literal, de la ley autonómica, si bien con un referente temporal distinto en cuanto al momento de ingreso en la administración universitaria (DOCV 13-3-1997).

³⁰³ Así, en Murcia, entre otros, Ayuntamiento de Ceutí (BORM 1-7-2002). Los cursos no superan las 25 horas para las plazas del grupo B, 20 horas para el grupo C y 15 horas para el grupo D; con la asistencia al 80 por 100 se supera la primera fase de la oposición; la segunda fase es un cuestionario tipo test sobre el curso, con respuestas alternativas.

³⁰⁴ Un estudio sobre el proceso implantado por la Ley de 1999 en la referida Comunidad puede consultarse en PUERTA SEGUIDO, Francisco: "*La consolidación...*", ob.cit., págs.313 a 320. Según los cálculos allí referenciados, un 88 por 100 del personal laboral afectado optó por la funcionarización.

VIII.3.1.2.- Modelo basado en cursos formativos idénticos para todos los aspirantes.

Esta fórmula ha sido aplicada por la Comunidad de Madrid, que desarrollando la funcionarización en el muy completo y detallado Decreto 149/2002, instituye un sistema selectivo que, sin ambages, se fundamenta en la superación de un “*curso selectivo de adecuación*” que comporta la realización de unas pruebas finales, que guardan relación con las materias impartidas en el curso (art.13.1).

Este sistema de selección requiere una participación mínima del 90 por 100 de las horas lectivas, excepto supuestos justificados, impartidas fuera del horario de trabajo, y en donde los trabajadores recibirán formación sobre conocimientos teóricos y prácticos relacionados con los Cuerpos y Escalas a los que deseen acceder, pero vinculados a aquellos que hubieran sido exigidos para los funcionarios de ingreso libre, instituyéndose igualmente la posibilidad de convalidación de aquellos conocimientos ya acreditados en su momento para acceder a la condición de laboral.

Este modelo también ha sido aplicado en otras Comunidades, como la de Cantabria, que establece “*cursos con prueba selectiva*”, en la que además se valoran los servicios prestados en régimen laboral³⁰⁵ y entendemos también que es el de las Islas Baleares, si bien con una difícil clasificación del mismo; el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas de 19 de octubre de 2001³⁰⁶ articula unas pruebas selectivas que se componen de un inicial curso, con valoración de *apto* –que permite la continuación del trabajador en el proceso de funcionarización- y *no apto* –que lo excluye de forma inmediata- (art.6), una prueba de catalán, con las mismas consecuencias que aquel primer curso y finalmente, una fase de oposición sobre un temario de igual contenido al del curso.

³⁰⁵ DT 2ª LFP Cantabria; el sistema de nuevo es recogido en el art.34 de la Ley 7/1997 de 30 de diciembre, por la que se crea el Cuerpo de Agentes de Seguridad y se articula la funcionarización de los laborales fijos.

³⁰⁶ El Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de octubre de 2001 puede consultarse en BOIB de 13-10-2001.

VIII.3.2.- Modelo de acceso a la condición de funcionario a través de oposición, concurso o concurso-oposición, con soporte en cursos formativos o nivel de experiencia.

Como hemos señalado, se trata de la concreción práctica de muchos procesos de funcionarización en donde se convalidan las pruebas teóricas y prácticas a través de la acreditación de niveles o periodos de experiencia profesional³⁰⁷ o incluso la superación de cursos u otras oposiciones o promociones internas sin obtener plazas³⁰⁸. En este caso las *pruebas selectivas* están compuestas generalmente por un concurso-oposición, en donde se exceptúa de la fase de oposición a los candidatos que acrediten aquellas circunstancias.

Entendemos que el ejemplo más significativo es la normativa asturiana. La Ley 4/1996, a diferencia de la ley valenciana, no distingue por Escalas de Administración, sino únicamente en base a la forma de acceso a la condición de laboral. En este sentido, quien superó un proceso con arreglo a los principios constitucionales hubiera podido acceder a la condición de funcionario superando un curso de formación sobre materias relacionadas con el conocimiento de las instituciones públicas y de la organización de la Administración (LFP Asturias, DA 8ª, según redactado dado por Ley 4/1996), en tanto que quien no pudiera acreditar tal circunstancia debería superar dos cursos: el primero con contenido idéntico al anterior referenciado y el segundo relacionado con el temario que hubiera servido para las oposiciones convocadas por la Comunidad en turno libre. La literalidad de la ley es confusa, y sistemáticamente también podríamos haberla incluida en aquellos modelos de funcionarización que se sustentan en un procedimiento de selección, cuyo contenido interno real es un curso de formación, por cuanto si bien la DA 8ª, incorporada a la LFP de 1985, en

³⁰⁷ Así parece preverlo el acuerdo del Rectorado de la Universidad de Castilla-La Mancha de 21-3-1995 aprobando el Reglamento de implantación de la RPT (BOE 8-5-1995), que convalida la fase de oposición por aquellos conocimientos ya acreditados en las pruebas que se hubiesen superado para acceder a la condición de trabajador fijo o avalados por un título académico oficial o *práctica profesional equivalente*. (Anexo III, apartado octavo, punto cuarto.)

³⁰⁸ En la funcionarización de 127 plazas del grupo D del área tributaria de la Diputación Provincial de Barcelona, se convalidaba la prueba de conocimientos integrada en el concurso no sólo a los que hubieran superado satisfactoriamente la prueba de evaluación del curso de preparación para el proceso de funcionarización, sino también a aquellos aspirantes que hubieran superado el primer ejercicio de una convocatoria de promoción interna para el grupo C, pero hubieran suspendido los siguientes (BOP de Barcelona 8-1-2000).

todo momento prevé el acceso a la condición de funcionario a través de un curso formativo, la ley se refiere a “*el contenido de las pruebas selectivas...*” o “*la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso a la condición de funcionario....*”, aunque bien es cierto que en la práctica se intentó instituir un modelo idéntico al de la Comunidad Valenciana, por cuanto en ningún momento la norma se refiere al concurso, oposición o concurso-oposición. También un grupo significativo de Corporaciones locales han aplicado tal procedimiento fuera del territorio de Valencia y Asturias, con dudoso soporte legal, según nuestro parecer, al tratarse de Comunidades Autónomas en donde no se aplica el principio de equivalencia o identidad entre función pública autonómica y local y no instituirlo, además, para aquella primera, su ley respectiva³⁰⁹.

VIII.3.3.- Legalidad del modelo.

La Abogacía del Estado, en el procedimiento constitucional seguido contra la Ley asturiana 4/1996 indicó que la fórmula del curso selectivo es un procedimiento que infringe la CE y la legislación básica del Estado y ello fue acogido, provisionalmente, por el Tribunal en su ATC 231/1997 de 24 de junio para mantener la suspensión que había decretado por Providencia de 28-12-1996. Idéntica posición ha asumido la doctrina de la Administración Central en sus informes de 22-1-1997 de la Dirección General de la Función Pública y de 19-4-1997 de la Comisión de Seguimiento de los Actos y Disposiciones de las Comunidades Autónomas, adscrita a la Dirección General de Régimen Jurídico y Económico Territorial.

Es evidente que la funcionarización a través de un curso selectivo es una fórmula, que más allá de otros razonamientos y justificaciones, no puede equiparse a una oposición o concurso-oposición, incluso aunque tal curso o acción formativa implique una prueba final de superación³¹⁰. Idéntico criterio mantenemos cuando se convalidan niveles o períodos de

³⁰⁹ La fase de oposición en la funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca (BOCyL 26-2-2002) versa sobre el contenido de los cursos señalados como requisito exigible para participar en el proceso de funcionarización. Entre las Universidades Públicas, destaca la de Zaragoza, que limita la fase de oposición a la superación de un curso de adecuación con prueba final tipo test, con calificación de *apto* o *no apto* y con una indeterminación jurídica de cuál es el nivel de exigencia requerido: “*el Tribunal queda facultado para la determinación del número necesario de preguntas válidamente contestadas para superar la prueba...*” (BOA 25-4-2003). La carga lectiva de los cursos es insignificante (así, para el grupo A, 35 horas).

experiencia profesional, o cuando éstos son tan significativos que desvirtúan el proceso, o discriminan a unos y otros candidatos a la funcionarización.

Nuestra posición es concluyente, al postular la inconstitucionalidad de tales fórmulas. Nos remitimos fundamentalmente para ello, a lo que expusimos en la primera parte (capítulo tercero) respecto al carácter restringido de la funcionarización.

En el caso aquí estudiado, entendemos que el carácter restringido del proceso de funcionarización no puede implicar una quiebra de los principios de mérito y capacidad. Ello se ha materializado con total claridad en procesos de integración directa, y en el caso aquí estudiado creemos que también acontece; en este sentido, tal acreditación de esos principios sólo puede articularse a través de un proceso selectivo³¹¹, en donde sí pueda reconocerse el mérito consistente en la previa prestación de servicios y las pruebas en su día superadas, así como otro tipo de méritos.

La doctrina del Consejo de Estado y órganos consultivos de las Comunidades Autónomas se han pronunciado en este mismo sentido, al destacar que la mera realización de un curso no se ajusta a los principios de igualdad, mérito y capacidad, resaltando el carácter esencial de la realización de pruebas selectivas en base a los siguientes principios:

- a) la eliminación de todo tipo de pruebas y su sustitución por un curso formativo de adaptación quebranta las normas básicas estatales, si bien es factible establecer un curso de adaptación que complete al proceso selectivo, pero no que lo sustituya.
- b) la realización, únicamente, de uno o diversos cursos introduce una desigualdad con los otros procesos de funcionarización que carece de fundamentación objetiva y

³¹⁰ SÁNCHEZ MORON califica de “*procedimientos selectivos ciertamente poco exigentes a priori*” tales procesos de funcionarización (“*Derecho...*”, 3ª edición, ob.cit., pág.147). MOLINA GARCÍA, Mónica en “*El contrato...*”, ob.cit., pág.281, sostiene que la legislación valenciana es, como hemos expuesto, “*poco respetuosa con los principios constitucionales de acceso a la función pública*”. Calificándolos como contrarios a la ley por vulnerar el derecho de igualdad al establecer un procedimiento exclusivo ajeno a modelo constitucional: RODRÍGUEZ RAMOS, María José: “*La funcionarización...*”, ob.cit., pág.801.

³¹¹ Así lo prevé, por ejemplo, la DT 10.2 LFP Madrid, redactada por Ley 18/2000, según la cual debe funcionarizarse “*con sujeción estricta a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad*”.

razonable, suponiendo una vulneración del art.23 pero también de los arts.149.1.18 y 149.1.1 de la CE³¹²; además, se entiende que si un curso de formación no garantiza de forma suficiente la aptitud y conocimientos del aspirante para desempeñar el puesto, con mucha más razón si se trata de cursos y acciones formativas de carácter genérico.

- c) finalmente, como tercera consideración, que la superación de un proceso selectivo para laboral fijo no valida una distinción de trato tan radical, con respecto a los aspirantes del turno libre o de promoción interna, máxime cuando los conocimientos en su momento sí fueron requeridos para adquirir la condición de fijo y los actualmente solicitados en la funcionarización pueden haber variado tan sustancialmente que incluso pueden ser plenamente distintos³¹³.

Nuestro parecer permitiría añadir dos aspectos más que creemos significativos para deducir la inconstitucionalidad de este modelo singular de acceso a la función pública. En primer término, haciéndonos eco del principio de proporcionalidad, que debe buscar un equilibrio adecuado entre el punto de vista de los derechos individuales –en este caso, del trabajador que desea alcanzar el estatus de funcionario, así como de las presiones colectivas que sus representantes unitarios y sindicales puedan efectuar en ese sentido- con los derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Como ha señalado la doctrina alemana, el mandato de establecer una relación adecuada entre el medio y el fin es el núcleo original y la forma más general de control del Estado³¹⁴. Entendemos que hay una quiebra del principio de proporcionalidad habilitando el acceso a la función pública mediante un procedimiento ajeno a los tres previstos en la ley (oposición, concurso y concurso-oposición) y que, en todo caso, la fórmula adecuada es, ya como señalamos, el del concurso-oposición en donde puedan convalidarse todas aquellas pruebas superadas en su momento, pero en modo alguno ignorar el

³¹² Dictamen núm.1110 del Consejo de Estado de 30 de junio de 1994, valorando la adecuación a la Constitución Española del anteproyecto de ley valenciana de funcionarización; posteriormente, el Dictamen núm.2457 de 5 de junio de 1997, sobre la ley de funcionarización del personal laboral del Principado de Asturias.

³¹³ En este doble último sentido se pronuncia el Dictamen núm.84 de 20 de octubre de 1998 del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, al valorar la constitucionalidad de la reforma de la ley de FP de la Comunidad llevada a cabo en 1999.

³¹⁴ HAVERKATE, cit.por SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard en “*La teoría general...*”, ob.cit., pág.355.

procedimiento, instituyendo uno nuevo, ajeno a los principios que rigen en la función pública española, por cuanto no hay proporción entre la fórmula mencionada y el objetivo a conseguir.

Finalmente, en segundo término creemos que la inconstitucionalidad se predica porque en algunos supuestos (caso de la Comunidad de Castilla La Mancha, pero no la única) no es la primera ocasión en que se promulga una normativa específica al respecto, una vez que con anterioridad ya se habían llevado a cabo procesos de funcionarización, lo que rompe el principio de necesaria excepcionalidad y carácter único de un proceso restringido³¹⁵. Este defecto, habitual en el panorama de la funcionarización autonómica y local, se reproduce también en aquellas Comunidades que optan por el curso como fórmula de acceso a la condición de funcionario.

IX.- ASPECTOS PROCEDIMENTALES COMUNES EN EL PROCESO DE FUNCIONARIZACIÓN.

Independientemente del sistema escogido, el procedimiento específico de funcionarización se rige en ocasiones por reglas *ad hoc* si bien con carácter general éste asume las reglas previstas para los procesos selectivos de la Administración, normativa que con carácter supletorio se aplica a los mismos.

El régimen jurídico aplicable al proceso selectivo se contiene en todas las normativas consultadas en diversos tipos de disposiciones, de jerarquía normativa también distinta:

a) en normas legales y reglamentarias específicamente dictadas para regular el procedimiento de funcionarización o que en parte lo regulan.

³¹⁵ La LFP de 1985, según el redactado dado tras la STC 99/1987, llevó a cabo un proceso de funcionarización de trabajadores fijos, que ha merecido mejor valoración por parte de la doctrina en base a que fue necesaria para lograr la consolidación y/o transformación de los vínculos laborales e insertarlos en el nuevo marco de la función pública autonómica (PUERTA SEGUIDO, Francisco: “*La consolidación...*”, ob.cit., pág.313).

En este ámbito reglamentario ha alcanzado una importancia significativa la Orden estatal de 27 de marzo de 1991, pues a pesar de su ámbito circunscrito al Estado, ha sido aplicada supletoriamente sobre todo por Universidades públicas y Corporaciones locales, y en menor medida, por Comunidades Autónomas, todo ello sin perjuicio del escaso o nulo valor jurídico de la misma como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, al considerarla como unas meras instrucciones de carácter interno para la Administración Central.

b) normas propias internas de las entidades, generalmente de carácter local, como son los Reglamentos Orgánicos o Estatutos de la respectiva Administración, entre los que incluimos también los Planes de Empleo u otros instrumentos de racionalización de los recursos humanos.

c) en la normativa que regula los procesos selectivo con carácter general, que asume el carácter de norma supletoria de aquellas primeras normas legales y reglamentarias, reconocida incluso en ocasiones por estas últimas³¹⁶.

Tal prescripción es consecuencia de la propia previsión de la referida normativa, como también de las normas específicas reguladoras de la funcionarización (*vid.art.9.3 Orden de 27-3-1991*) o sus equivalentes autonómicos.

d) en normas convencionales, tanto de personal laboral como de personal funcionario.

e) En las bases generales y específicas o convocatorias de las plazas respectivas a funcionarizar, definidas como “*ley del concurso*” por la jurisprudencia. Tales bases o textos de convocatorias vienen regidas por las precedentes normas indicadas en los puntos a), b), c) y d) y en este sentido deben conformarse según lo que en aquéllas se dispone; sistemáticamente, en unos supuestos sólo se aprueban unas bases para todo el proceso, en otros bases y convocatorias y también en muchos supuestos únicamente convocatorias, pero con contenido idéntico a lo que a nuestros efectos se refiere.

³¹⁶ En este sentido, la Orden de 24 de julio de 2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha.

IX.1.- Denominación del procedimiento de funcionarización.

El proceso selectivo de funcionarización se configura mayoritariamente como un proceso independiente de los otros de selección de funcionarios o trabajadores de la entidad afectada. De ahí que se haya asignado una denominación específica, que para el ámbito estatal es el de “*plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas*”, dicción que tiene sentido en base a que, tras la reforma de la LMRFP en 1988, puestos anteriormente de posible cobertura por personal laboral pasaban a ser de funcionarios en virtud de la lista del citado art.15.1.c.; esta terminología es empleada también por algunas Comunidades Autónomas³¹⁷, en tanto que otras adaptan la expresión al precepto específico autonómico que instituye la reserva funcional o laboral de puestos³¹⁸, la causa del cambio³¹⁹ o mediante una referencia más genérica³²⁰. En Cataluña, al amparo de la DTª 4ª de la LFP, ha venido a denominarse el proceso como “*turno de reserva especial*”, calificación aplicada en todas las convocatorias de la Generalitat así como de las Universidades Públicas, aunque no así, con carácter mayoritario, por las Corporaciones Locales y en Galicia, la DA 3ª de la Ley 9/2003 de 23 de diciembre de medidas tributarias y administrativas ha pasado ahora a denominar la funcionarización como un proceso de acceso por “*turno especial*”³²¹.

³¹⁷ Así, Castilla-la Mancha, art.14.1 de la LGP para 1991 (Ley 5/1990 de 26 de diciembre); en Galicia se utiliza un término híbrido: “*turno de afectados por el artículo 15 de la Ley 30/1984...y por el artículo 25 de la presente Ley...*” (DA 13ª LFP Galicia, añadida por art.12 de la Ley 3/2002 de 29 de abril de medidas de régimen fiscal y administrativo).

³¹⁸ Es el supuesto de Canarias, que prevé el turno de “*plazas afectadas por la DA 7ª.c de la Ley 2/1987 de 30 de marzo...*” (DA 10ª Ley 16/1990 de 26 de diciembre de Presupuestos para 1991; en idénticos términos, las LGP para 1992 y 1993.); DT 6ª.1 LFP Asturias y art.2 de la Resolución de 29-6-1993: “*plazas afectadas por el artículo 30 de la Ley de Ordenación de la Función Pública*”.

³¹⁹ La legislación andaluza prevé la denominación de “*plazas afectadas por modificación de su adscripción...*” (DT 12ª de la LGP para 1992 de la Comunidad de Andalucía).

³²⁰ La Ley 6/1990 de 19 de diciembre de PG de Extremadura se refiere a “*turno que se denominarán puestos funcionarizados...*” (art.20) o el Decreto 149/2002 de la Comunidad de Madrid a “*plazas afectadas por el proceso de funcionarización al Cuerpo, Escala o Especialidad...*” (art.11.1).

³²¹ En concreto, en la regulación del proceso de funcionarización del personal laboral fijo con categoría de profesor de los conservatorios de música de grado medio, para su incorporación al Cuerpo de profesores de música y artes escénicas de la Xunta.

IX.2.- Voluntariedad de la participación en el proceso.

La adscripción de una plaza de laboral a funcionario no supone, para su titular, ninguna obligación de participación en el proceso de funcionarización que pueda llevarse a cabo, y de ahí que en determinadas ocasiones los preceptos legales remarcan tal voluntariedad. Ello no impide establecer que la misma se vea matizada, desde el punto de vista práctico, por factores ajenos al proceso, pero no necesariamente extra jurídicos: la dificultad de una carrera profesional plena como laboral o la dificultad de permanecer como empleado integrado en un colectivo reducido o incluso reclasificado como a *extinguir*, las restricciones para la provisión de puestos de jefatura, entre otros muchos elementos, son factores que mediatizan *de facto* tal voluntariedad.

En este sentido, la “*voluntariedad*” es remarcada por la mayoría de los textos legales, reglamentarios y de orden inferior consultados, así como por las bases y convocatorias respectivas, con un carácter –a nuestro juicio- fundamentalmente pedagógico, desde la perspectiva de que supone la instauración de una selección dirigida al personal fijo, siempre en mayor o menor grado traumática, o cuanto menos molesta, sin perjuicio de otras consideraciones, como es la de evitar hipotéticas exigencias de responsabilidad o controversias sobre la bondad de la futura relación jurídica funcional³²².

Sin embargo, una excepción a la voluntariedad se da en el derecho de la función pública navarra, en donde el trabajador excedente voluntario que solicita el reingreso en la Comunidad

³²² Fácilmente deducible por el tono empleado en muchos textos, que permite inducir una clara insistencia de las Administraciones convocantes de exonerarse de responsabilidad –más política u organizativa, que estrictamente jurídica- sobre los avatares que, en mayor o menor grado, pueda sufrir la futura relación funcional. Así, entre otras, todas las Resoluciones de 9 de septiembre de 2002 de funcionarización de la Escuela Oficial de Turismo y del personal laboral fijo de la Universidad Rey Juan Carlos señalan que tal voluntariedad implica una decisión personal individual, en donde cada trabajador decide “*libremente sobre su participación o no....*” (BOCM 16-10-2002). En la legislación catalana, la voluntariedad viene remarcada por el “*ofrecimiento*” al personal laboral fijo de un puesto de funcionario, si posee la titulación requerida y cumple los requisitos establecidos (Resoluciones GRI 2358 a 2362 de 23 de julio de 2003, DOGC 1-8-2003-, funcionarizando un total de 104 plazas de todos los grupos de clasificación del Servicio Catalán de Empleo. A los nuevos funcionarios “*se les aplica a todos los efectos la normativa sobre régimen estatutario...*” (DT 10.5).

Foral forzosamente se integra como funcionario, perdiendo su condición de laboral fijo. Sobre esta extraña y a nuestro juicio ilegal previsión nos referiremos en el posterior capítulo quinto.

IX.3.- Impulso de oficio del proceso de la funcionarización

Esta es una característica que, no por obvia, debe dejarse de resaltar³²³. El proceso de funcionarización corresponde, en cuanto a su estudio previo, inicio y desarrollo, a la Administración Pública, sin perjuicio de que trabajadores afectados y, muy especialmente, sus órganos de representación unitaria y sindical, tengan –o deban tener- una participación significativa. La normativa por lo general no se refiere a tal principio, que debemos entender general en todo el territorio español³²⁴, con la especialidad singular de Navarra y más recientemente de la Generalitat de Cataluña, caso este último que al hacer depender la funcionarización del momento de obtención de la titulación adecuada por parte de los aspirantes, incurre a nuestro juicio en una infracción del referido impulso de oficio del proceso y del carácter único y excepcional de la funcionarización³²⁵.

Cabría plantearse si la ausencia de tal impulso puede dar pie a accionar judicialmente por parte de los interesados al respecto. A nuestro juicio, la adscripción del puesto a funcionario, si así procede, se deriva de un imperativo legal y con mayor o menor retraso debe darse cumplimiento a tal previsión legal y su ausencia, supone una quiebra del principio de legalidad; consecuentemente la Administración está obligada, a continuación, a convocar al

³²³ Aunque ocasionalmente pierde fuerza en los supuestos en que la voluntariedad de la funcionarización, individualmente considerada, adquiere un carácter tal que mediatiza el referido impulso de oficio. Así, el CC del personal laboral del Consell Insular de Menorca (BOIB 22-6-1999) establece que el Consell “*funcionarizará a todo el personal laboral que exprese libremente su voluntad de cambiar su relación contractual con la Administración..*” y, tras esta declaración, la Administración pone en marcha el proceso (DA 2ª).

³²⁴ El art.4 del Decreto 163/1998 de funcionarización de Aragón establece que “*el proceso de convocatoria de las pruebas selectivas se impulsará de oficio....*”.

³²⁵ En concreto, la Ley 24/2002 de 18 de noviembre de creación de la especialidad de educación social en el cuerpo de Diplomados de la Generalitat dispone de un plazo de cinco años para que los aspirantes a funcionarizarse obtengan la titulación adecuada y autorizando a que una vez obtenida, cada uno de los candidatos “*puede ejercer el derecho a acceder a la especialidad de educación social en las condiciones establecidas...*” (DT 1ª).

amparo de la DT 15ª de la LMRFP, o sus equivalentes, el proceso de funcionarización³²⁶, si bien la jurisdicción se resiste a imponer tal inmediata obligación y es regla común que se pronuncien en el sentido de que debe ser la Administración Pública, a través de su órgano competente –en la Administración del Estado, la CECIR- la que adopte la decisión de clasificación, “*hecho determinante*” para que pueda iniciarse el proceso de funcionarización (STSJ Andalucía/Sevilla 19-2-1998), lo que no ha impedido que ante resoluciones judiciales otorgando el derecho a funcionarizarse, rechazado por la Administración, ésta haya debido de proceder a reclasificar el puesto de laboral a funcionario, a través de la decisión administrativa correspondiente y, a continuación, aprobar la convocatoria³²⁷.

IX.4.- No acumulación de plazas.

La funcionarización rompe con el esquema clásico de las plazas reservadas para promoción interna, según el cual todas aquéllas no cubiertas a través de este sistema se acumulan a las ofrecidas en turno libre. En nuestro caso, las plazas no cubiertas correspondientes al turno de funcionarización no son acumulables a los turnos restantes libres o de promoción interna, no acumulación que no podrá exceptuarse “*en ningún caso*” (art.4, Oferta de Empleo Público estatal para 1991 y 1992).

³²⁶ Si bien en relación a la consolidación de los contratados administrativos, interinos, temporeros y eventuales como funcionarios de carrera por turno restringido en las corporaciones locales al amparo del Decreto 1409/1977 de 2 de junio, la STS 3-10-1984 obligó a tal convocatoria injustificadamente demorada.

³²⁷ Es el supuesto previsto en la Orden APU/3469/2003 de 26 de noviembre por la que se convocan pruebas selectivas para el ingreso en la Escala Técnica de Gestión de OOAA en el turno de plazas afectadas por el art.15 de la Ley de Medidas. Esta convocatoria va dirigida en exclusiva para la funcionarización de la empleada F.R.O, en cumplimiento de la STSJ Madrid 17-10-2001, que reconoció el derecho a tal funcionarización, lo que obligó previamente a que la CECIR acordara la reclasificación del puesto y la posterior aprobación de unas bases de convocatoria para la única participación de la referida trabajadora fija. La Orden APU/3593/2003 de 18 de diciembre, de corrección de errores de la anterior, expresamente señala que únicamente la trabajadora fija afectada por la sentencia podrá participar en la convocatoria, lo que significa al mismo tiempo el carácter absolutamente restringido del proceso de funcionarización y que la ejecución de la sentencia obliga al órgano de clasificación (la CECIR, en este caso) en los términos precisos de la misma.

IX.5.- La acreditación de las condiciones o requisitos generales o específicos de los aspirantes a funcionarizarse.

La normativa estatal, autonómica y local no exigen que los aspirantes que participen en un proceso selectivo deban acreditar en el momento de presentar la instancia el cumplimiento de los requisitos o condiciones exigidos para participar válidamente. Al contrario, como señala para el ámbito estatal el art.18.2 del Real Decreto 364/1995 de 10 de marzo (RGI) y en aras al principio de simplificación y eficacia en la tramitación administrativa, será suficiente para la admisión en el proceso selectivo que el aspirante manifieste en su solicitud de participación que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas. Tal acreditación deberá efectuarse una vez finalizado el proceso selectivo, tras la publicación de la lista definitiva de aspirantes seleccionados, en el plazo de veinte días naturales desde que se publique aquélla en el Boletín correspondiente (art.23.1). La falta de acreditación de las condiciones de capacidad y de los requisitos exigidos, salvo caso de fuerza mayor, impedirá el nombramiento como funcionario, quedando anuladas todas las actuaciones (art.23.2).

En el proceso de funcionarización tal regulación es de aplicación, si bien cabe señalar algunas particularidades:

a) la legislación vigente exceptúa –así lo hace para el ámbito estatal el art.23.3 del RGI a los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos de justificar las condiciones y requisitos ya acreditados para obtener su anterior nombramiento. Literalmente la norma prevé que deberán presentar “*únicamente certificación del Ministerio u Organismo del que dependan, acreditando su condición y demás circunstancias que consten en su expediente personal*”. Tal regla no está prevista para quien se funcionarice, pues no ostenta condición funcional sino laboral, pero dadas las circunstancias del proceso, parece aconsejable que en aras a un principio de eficacia administrativa y agilidad en la tramitación, la Administración exceptúe también de acreditación de todas aquellas condiciones y requisitos que, exigidos para la condición de funcionario, ya fueron requeridos en su momento para acceder a la condición de

personal laboral fijo o que consten en el expediente administrativo del interesado, y así ha sido acogido por la jurisprudencia (STS 4-3-1996) y por algunas normas autonómicas³²⁸.

b) Sin embargo, las particularidades del proceso, derivadas en ocasiones de la dificultad de acreditación de la titulación, fundamentalmente, ha motivado un tratamiento singularizado de esta regla general del art.18.2 del RGI que se concreta en la acreditación de la condición de trabajador fijo y la afectación del puesto ocupado, pero también de otros requisitos. Del análisis efectuado sobre numerosas bases y convocatorias se desprende que con carácter general, los hechos y circunstancias que a menudo requieren justificación o acreditación en el momento de presentación de la solicitud de participación pueden agruparse en los siguientes:

-1) exigencia que el aspirante presente una copia compulsada del contrato laboral o certificación acreditativa de la relación laboral que lo vincula con la Administración y también una certificación del órgano competente en donde se acredite que el puesto que ocupa el mencionado aspirante ya lo ocupaba en la fecha de entrada en vigor de la Ley y que ha sido reclasificado a funcionario y que está adscrito al Cuerpo o Escala correspondiente a la convocatoria (para el ámbito estatal, *vid.* art.8 de la Orden de 27-3-1991). En ambos supuestos, la norma estatal prevé la exención de todas estas acreditaciones si la convocatoria es efectuada por el Departamento en que esté destinado el trabajador afectado por el proceso de funcionarización.

Tal regulación no tiene otra finalidad que evitar la participación de trabajadores que no reúnen algunos de los requisitos de la convocatoria.

-2) en el ámbito estatal, las bases establecen generalmente que es preciso aportar una certificación del órgano competente en la que se acredite que el puesto en el que prestaba servicios el trabajador en fecha 30 de julio de 1988, o que tenía reservado en tal fecha si se

³²⁸ Con carácter general, el art.14.2 del Decreto 33/1999 de 9 de marzo, de la Comunidad Valenciana, sobre selección, exige de justificar las condiciones y requisitos acreditados con anterioridad por trabajadores y funcionarios de la Generalitat valenciana; si la documentación consta en el expediente personal del trabajador, la exención es prevista por el art.6.3 del Decreto 163/1998 de funcionarización del personal laboral de Aragón.

encontraba afectado por alguno de los supuestos de excedencia o suspensión con reserva de puesto o plaza, estaba mediatizado por dos circunstancias:

- a) que fuera reservado a personal funcionario.
- b) que estuviera adscrito al Cuerpo o Escala objeto de convocatoria.

-3) también, en no pocas ocasiones, se requiere una acreditación oficial de que el aspirante no ha adquirido la condición de funcionario en un proceso de funcionarización anterior. Sobre esta cuestión formularemos nuestra valoración en un apartado específico.

-4) entre las acreditaciones igualmente requeridas por normas autonómicas o por las concretas convocatorias o bases pueden citarse aquéllas que suponen una exención total o parcial de pruebas teóricas o prácticas de los aspirantes, por haberlas ya superado –o darse por convalidadas-, que se requieren siempre al inicio del proceso³²⁹ o el contenido o naturaleza del puesto de trabajo o funciones ejercidas. Tanto en el primer supuesto como en este último, abogamos por una actuación de oficio de la Administración aportando las acreditaciones, liberando al aspirante a su justificación, por ser en todo caso siempre circunstancias que constan en el expediente administrativo y en el Registro de Personal³³⁰.

-5) numerosas normas reglamentarias así como bases y convocatorias requieren la acreditación fehaciente de la titulación requerida, habida cuenta la gran problemática que sobre la cuestión origina en el proceso de funcionarización, evitándose así la existencia de candidatos que superen la funcionarización y luego no pueden tomar posesión por falta de nivel o título académico³³¹, lo que acredita también que la Administración convocante, pese a la existencia de un Registro de Personal, carece en muchos casos de datos o documentos sobre la titulación de sus empleados laborales.

³²⁹ Decreto 163/1998 de 15 de septiembre del Gobierno aragonés (art.6.3).

³³⁰ Así lo prevén algunas convocatorias: funcionarización de la Universidad de Sevilla (BOE 17-10-1995).

³³¹ En este sentido, Decreto 163/1998 de 15 de septiembre del Gobierno de Aragón regulando el procedimiento de funcionarización del personal fijo de la Administración autonómica (art.6.3); en las bases y convocatorias es un elemento repetitivo la exigencia de titulación, por lo que eliminamos su cita.

-6) destacar también que no son pocas las bases y/o convocatorias que no requieren ninguna justificación o acreditación, y que aplican la norma general señalada al inicio de este subapartado³³².

-7) cuestión distinta es la acreditación de los méritos alegados –que no los requisitos para ser admitido-, fundamentalmente el tiempo de servicios y la superación de pruebas como laboral fijo. La regla general es que el trabajador debe alegarlos para que sean tenidos en cuenta por el Tribunal y aportar, en muchos supuestos, los documentos necesarios (así, copia del contrato de trabajo, etc.) o requerir para que el órgano de personal correspondiente los aporte en el trámite administrativo.

c) es un supuesto factible que la Administración incurra en error, o que por información falsa o equivocada, de por admitido a un trabajador que no cumple los requisitos para funcionarizarse. Estos requisitos pueden ser los generales, pero también los específicos, de especial sensibilidad en el proceso de funcionarización. En este sentido, la STS 28-3-1995 entiende que no hay violación de la teoría de los actos propios porque un determinado trabajador hubiera sido admitido improcedentemente al proceso selectivo, por cuanto el acto significativo es, no el de admisión a las pruebas de funcionarización, sino el de aportación de la documentación exigible y comprobación de los requisitos en función de la misma, pues la norma permite y requiere que haya una revisión final antes del nombramiento (STS 28-3-1995; para los procesos de funcionarización, expresamente, la SAN 20-9-2001).

Más complejo es si la falta de esos requisitos específicos no fue percibido por la Administración, cuando según las bases de funcionarización –circunstancia muy frecuente- debían acreditarse ya en el plazo de presentación de instancias (p.ej., ostentar la condición de trabajador fijo, ocupar un puesto adscrito a funcionario, o haber ingresado en la Administración como trabajador antes de la fecha fijada en la ley). Sin embargo, a nuestro juicio la conclusión será idéntica, pues el error de la Administración no puede convalidar la ausencia de una condición o requisito establecido en la ley y en la convocatoria; jugaría en

³³² Entre las más recientes, *vid.* proceso de funcionarización de Educadores de Menores de la Diputación Provincial de Segovia (BOCyL 23-12-2003).

este sentido una doble previsión: la regla del art.23.2 del RGI según la cual cuando se deduce que no se reúnen los requisitos, no cabe el nombramiento y quedan anuladas todas las actuaciones respecto de aquel o aquellos aspirantes, y la circunstancia de que, al haber presentado la solicitud, el aspirante laboral debió indicar que reunía todos y cada uno de los requisitos exigidos para acceder al proceso de funcionarización, lo que en caso de no ser cierto, le hace incurrir en responsabilidad por falsedad en la solicitud.

Por todo ello, entendemos plenamente legal la previsión recogida en numerosas convocatorias de los más diversos ámbitos territoriales que refuerzan tal control y corroboración, atribuyendo al Tribunal o Comisión de Selección, en cualquier momento del proceso selectivo, si uno u otro tuvieran conocimiento de que algunos de los aspirantes no posee la totalidad de los requisitos exigidos por las bases o convocatoria, la facultad de proponer su exclusión del proceso de funcionarización, a la autoridad competente³³³; entendemos que ello requiere una previa audiencia del trabajador afectado y una comunicación formal al mismo de las inexactitudes o falsedades formuladas por aquél en la solicitud de admisión a las pruebas de funcionarización, sin que sea posible que la Administración Pública convalide la ausencia de tal titulación por el ejercicio de ese mismo puesto de trabajo como laboral y por desempeñar la categoría laboral equivalente a la de funcionario³³⁴, así como tampoco puede alegarse que en otros supuestos, por error de la entidad pública, haya aspirantes que hubieran accedido a tal condición funcionarial sin acreditar tales requisitos³³⁵.

Jurídicamente, más complejo es que el trabajador fijo haya sido ya nombrado funcionario de carrera, con la consiguiente pérdida de la condición de laboral y que posteriormente se

³³³ La autoridad competente para excluir al aspirante que haya incurrido en tal inexactitud o falsedad será aquella que tenga atribuida la función de dictar la inicial resolución declarando aprobada la lista de admitidos y excluidos.

³³⁴ La SAN 20-9-2001 es clara en este sentido, para los procesos de funcionarización: “...no han acreditado el requisito de titulación que la Administración ha considerado no cumplido, sin que a estos efectos valga el desempeño de determinado puesto de trabajo o el reconocimiento de una determinada categoría laboral, ya que la convocatoria es clara, en cuanto al requisito de titulación exigido...”.

³³⁵ Así, para los procesos de funcionarización, la STSJ Madrid 7-3-2002 entiende que el principio de igualdad sólo opera dentro de la legalidad: si en una o diversas ocasiones la Administración ha actuado ilegalmente, ello no puede fundamentar posteriores desigualdades: “una infracción no puede derogar y dejar inaplicable para lo sucesivo la normativa aplicable...”.

compruebe la falta de algún requisito inexcusable o que una decisión judicial posterior, pero con origen en una reclamación laboral anterior a la toma de posesión, le reconozca una nueva categoría o grupo sin acreditar todos los requisitos exigidos para ello. Algunas normas han solventado la cuestión a través de la viabilidad de una decisión de retroactividad, esto es, permitiendo que el funcionario vuelva a recuperar su condición de trabajador fijo y autorizándole a participar en un hipotético proceso de funcionarización futuro para esa nueva categoría, lo que a todas luces nos parece contrario a Derecho, tanto por el procedimiento articulado como por la fórmula de nacimiento –o revitalización- de una relación laboral ya extinguida³³⁶.

La solución de un supuesto de tal despropósito jurídico sólo puede pasar por la nulidad del nombramiento como funcionario de carrera, fundamentalmente en los supuestos en que se demuestre la falsedad o carencia de un requisito inexcusable, previa la tramitación del oportuno expediente de revisión de oficio y al amparo de lo dispuesto en los arts.62 y 102 de la Ley 30/1992. El acto de nombramiento sería contrario al ordenamiento jurídico, por cuanto el trabajador habría adquirido la condición de funcionario, esto es, determinados derechos y facultades derivados de la legislación vigente, careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición³³⁷.

IX.6.- Momento temporal de determinación de tenencia de las condiciones y mantenimiento de las mismas.

Con carácter general, en el derecho español el criterio pacíficamente adoptado es que el vencimiento del término de presentación de instancias no solamente impide la concurrencia de otros participantes posteriores sino que también es el momento preciso al cual debe remitirse tanto la Administración como el aspirante para apreciar la aptitud legal de éste último, salvo

³³⁶ Los arts.7.2 y 8.1 de la Resolución de 9 de septiembre de 2002 de funcionarización en la Universidad Rey Juan Carlos declaran expresamente la rescisión de la relación laboral por mutuo acuerdo en la fecha de toma de posesión como funcionario y, sin embargo, el art.8.3 permite tal renuncia a la condición funcional, posteriormente y “*continuar como personal laboral fijo en la nueva categoría laboral otorgada por la jurisdicción social...*”.

³³⁷ En este mismo sentido, se han pronunciado los dictámenes del Consejo de Estado 11/2002 y 2543/2002, relativos a nombramientos de funcionarios por el procedimiento de funcionarización pero con carencia de uno o diversos requisitos necesarios para tal nombramiento.

que las bases de la convocatoria prevean otro momento distinto. La razón no es otra que el principio de seguridad jurídica, que exige un momento cierto, conocido e idéntico para todos los aspirantes en el cumplimiento de las condiciones³³⁸. Ello se ha concretado en el derecho positivo vigente en que las condiciones exigidas han de ir referidas siempre a la fecha de expiración del plazo de presentación de las solicitudes (art.18.2 del RGI), aunque el nombramiento esté condicionado a la presentación de las acreditaciones oportunas (STS 14-10-1993).

También con carácter general el derecho de la función pública exige el mantenimiento de las condiciones y requisitos durante todo el proceso selectivo y hasta la toma de posesión, momento en el cual se adquiere la condición de funcionario. Ambos criterios son de aplicación al proceso de funcionarización, si bien del estudio de las convocatorias consultadas pueden señalarse las siguientes particularidades:

- a) en cuanto a los requisitos generales de acceso a la función pública, no se distingue una específica diferencia respecto de los procesos selectivos ordinarios, si bien la mayoría de las convocatorias expresan con claridad, habida cuenta las particularidades de la funcionarización, que todos ellos deben poseerse en el día de finalización del plazo de presentación de solicitudes y mantenerse hasta el momento de la toma de posesión como funcionario de carrera.
- b) En cuanto a los requisitos específicos, estos deben poseerse y mantenerse en idénticos términos a los anteriores. Los supuestos en que puede acontecer una variación de circunstancia entre una y otra fecha concretamente serían los siguientes:
 - no mantener la condición de trabajador fijo en el momento de la toma de posesión, ya sea por extinción del vínculo contractual, ya sea por alguno de los supuestos de suspensión contractual sin reserva de plaza.
 - modificación de la adscripción del trabajador en el puesto funcionarizado.

³³⁸ SERRANO GUIRADO, Enrique: “*El régimen...*”, ob.cit. págs.26 y 27 y nota a pie núm.7.

En ambos supuestos entendemos, que en aplicación estricta de la ley, no es posible la toma de posesión como funcionario de carrera. El no mantenimiento de tales requisitos tiene la misma consecuencia que la desaparición de un requisito general en cualquier otro proceso selectivo a lo largo del periodo de tiempo que transcurre entre la presentación de la instancia y la toma de posesión (nacionalidad, límite de edad, etc..). No obstante, planteamos que hay una salvedad a esta regla: cuando la modificación en la adscripción del puesto supone pasar a prestar servicios en otro puesto laboral afectado por el mismo proceso de funcionarización. En este último caso entendemos que sí es posible la toma de posesión y la incorporación como funcionario de carrera, en una interpretación amplia de la norma, por cuanto la exigencia es que a determinada fecha (30 de julio de 1988, en el caso estatal), el trabajador ocupara un puesto o plaza reservado, posteriormente, a funcionario.

IX.7.- Bases y convocatorias reguladoras del proceso de funcionarización: contenido.

Es común confundir, y así lo acreditan las convocatorias consultadas, la convocatoria *strictu sensu* con las bases generales y/o específicas de tal convocatoria.

La convocatoria es un acto formal en virtud del cual se da a conocer o se otorga publicidad al proceso selectivo restringido amparado por el turno del art.15 de la Ley de Medidas o su equivalencia autonómica o local. Se refiere a una actuación singular y concreta, esto es, la apertura de un procedimiento de funcionarización para cubrir, como personal funcionario, una o varias plazas cuyos titulares actuales son trabajadores, pero sin alcanzar un carácter de permanencia ni, tampoco, alterar el ordenamiento jurídico, por lo que no podrá contradecir las normas reguladoras –legales o reglamentarias- del proceso funcionarizador; pero el proceso selectivo, en cuanto tal, se rige por las denominadas *bases*, las cuales pueden ser generales o específicas (art.15.3 RGI). Es, como ya hemos manifestado en otro momento, un acto administrativo de destinatario plural.

La distinción entre unas y otras supone entender que con las bases generales es posible regir todas aquellas pruebas selectivas de funcionarización que se convoquen en lo sucesivo, hasta

su derogación, de tal forma que frente a la consideración de acto administrativo de destinatario plural que suponen las bases específicas (STS 18-6-1999, entre otras), las bases generales reguladoras de los diversos procesos selectivos de funcionarización pueden considerarse disposiciones generales de contenido normativo, pues regulan *ad futurum* el contenido de las convocatorias de funcionarizar, complementando la regulación de las pruebas³³⁹. Si esto es una práctica habitual, especialmente en la Administración del Estado, para cubrir plazas o puestos del turno libre o promoción interna, no ha sido así para el turno de funcionarización; por el contrario, las bases específicas suponen establecer las reglas del juego para la específica convocatoria de funcionarización de que se trate. No necesariamente deben darse unas y otras, por cuanto si las bases generales asumen el contenido mínimo del art.15.3 RGI, será preciso la aprobación de las específicas; por el contrario, si las bases generales se aprueban con el detalle que supone el contenido de las específicas previsto en el art.16 RGI, será suficiente para llevar a cabo el proceso selectivo de funcionarización, siempre que se apruebe y publique la convocatoria de las plazas.

La innecesaria inclusión de la convocatoria de funcionarización en la Oferta de Empleo Pública no impide que sea de aplicación la regla general, prevista para todo tipo de convocatorias selectivas, de que deban aprobarse unas bases o texto de la convocatoria de las plazas convocadas por el turno de funcionarización. Las características de estas bases o texto de convocatoria supone que deben incluir las siguientes referencias que a continuación mencionaremos, con las especialidades que indicaremos en relación al procedimiento aquí estudiado. Lo que si supone de diferencia es que la regla de que la Oferta de Empleo debe preceder a la convocatoria (art.18.4 LMRFP) no se aplica en este supuesto y por tanto, la regla general de que la aprobación y publicación de la Oferta es un presupuesto previo necesario de la convocatoria, la inobservancia de la cual implica su anulabilidad (STS 5-3-1998) no se predicará en la funcionarización, por la innecesariedad de tal Oferta, tal como expusimos extensamente en el capítulo primero de esta misma segunda parte de la tesis.

³³⁹ El ATS 29-5-2000 señala en este sentido que son un acto normativo, que regula el proceso selectivo de tal manera que en el futuro las convocatorias deberán ajustarse a ellas, complementa la regulación de las pruebas y, en consecuencia, son susceptible de recurso de casación.

La importancia de las bases y convocatorias es clave, tanto en un proceso selectivo ordinario como en uno de funcionarización, pero quizá en éste último caso, habida cuenta la trascendencia del mismo y la afectación clara a un derecho fundamental, debe perfilarse con mayor rigor su elaboración. Se habla así del *dogma jurídico* de las bases y convocatorias en cuya virtud, si no son impugnadas por los interesados, consolidan un valor de *lex specialis*, de “*fuerza vinculante de ley*”, impidiendo cualquier posibilidad posterior de recurrir el resultado del proceso selectivo de funcionarización en base a defectos o irregularidades no denunciadas *ex ante*³⁴⁰.

Esta vinculación afecta también a la propia Administración, además del órgano selectivo correspondiente y de quien participe en el proceso de funcionarización, de conformidad con el art.15.4 del RGI, lo que supone reiterar la incansable insistencia del Tribunal Supremo en calificarlas como *ley del concurso* o *ley de la oposición*. Mayor dificultad estriba en concretar la naturaleza jurídica de las bases de la convocatoria de funcionarización; la jurisprudencia más añeja se refería a ellas como una norma reglamentaria (STS 28-2-1962) o como “*acto administrativo-disposición de carácter general*” (STS 14-3-1966), pero parece actualmente existente un consenso jurídico en el sentido de considerarlas como un acto administrativo con un destinatario general dirigido a un número indeterminado de personas (STS 22-5-1986), sometido al principio de legalidad y de jerarquía, revisable jurisdiccionalmente; habida cuenta tal naturaleza, el contenido de las bases y de las convocatorias de funcionarización no innovan el ordenamiento jurídico, sino que su finalidad exclusiva es regular el proceso selectivo referido, adaptando este proceso a unos datos o hechos materiales, consumiéndose con su finalización, sin que su fuerza preceptiva pueda expandirse a otras convocatorias futuras³⁴¹. Sin embargo, a

³⁴⁰ Así lo acoge la doctrina teórica y una extensísima jurisprudencia que se inicia a principios de siglo –el pronunciamiento judicial más alejado en el tiempo al respecto parece situarse en la STS 22-4-1908-, en una doctrina que aparece perfectamente condensada en la STS 2-4-1979 y que se extiende periódicamente por todos los ordenes jurisdiccionales. Como *lex specialis*, *vid.* STS 18-4-1988; sobre la legitimación para recurrir, la STS 26-9-1986 estableció que sólo pueden impugnar las bases y/o convocatorias “*aquellos que puedan tomar parte en el proceso selectivo y pudieran resultar perjudicados...*”. No obstante, debemos hacernos eco de la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual los ciudadanos están facultados, de forma general, para impugnar bases y/o convocatorias que sean contrarias a los principios de igualdad, mérito y capacidad, que instituyan procedimientos o fórmulas de acceso discriminatorios o formulen desviaciones *ad personam* (entre otras muchas, SSTC 143/1987, 353/1993 y 269/1995)

nuestro juicio, las bases de la convocatoria de un proceso de funcionarización incorporan un *plus* de intensidad o calidad que requieren u obligan, al operador jurídico que las elabora, un mayor esfuerzo y exactitud, pues en ellas se hacen constar aspectos no usuales en unas bases generales: puestos afectados por el proceso de funcionarización, colectivo que puede participar, ámbito temporal, número de vacantes (si consta, que no siempre es así), exención de ejercicios para aquellos que los superaron como trabajadores fijos, personal excluido de la participación, etc, de tal manera que aunque acordamos con la doctrina de que su fuerza preceptiva no se extiende a convocatorias sucesivas³⁴² es evidente que por un lado, su carácter teóricamente único –esto es, que no puede reproducirse en el tiempo- pero en la práctica reiterado que se concreta, en ocasiones, en más de dos ó tres convocatorias que afectan a la misma categoría o grupo profesional, obliga a modular muy bien los posibles cambios que se introduzcan en aquéllas bases o convocatorias que se aprueben en el futuro.

El contenido mínimo de las bases generales supone determinar el sistema selectivo a emplear en la funcionarización, las pruebas a superar, el programa y la forma de calificación (art.15.3 del RGI).

Las bases específicas deben contener, cuanto menos las referencias que a continuación detallaremos y desarrollaremos, con una especial incidencia a la primera de ellas (art.16 del RGI)³⁴³:

a) número, naturaleza y características de las plazas convocadas, determinando de forma expresa el Cuerpo, Escala, Subescala, clase o categoría a que pertenezcan, indicando también

³⁴¹ Las bases de funcionarización del personal laboral no aportan, así, ningún elemento normativo nuevo; de ahí la crítica severa que hemos formulado en su momento a la Orden de 27-3-1991, sobre la cual se sustentan en el ámbito estatal, habida cuenta su prácticamente nulo valor jurídico.

³⁴² MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: “*Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones*” RAP, núm.40, 1963 y MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.165.

³⁴³ Seguimos en este caso la previsión estatal por ser el punto de referencia de toda la normativa autonómica y local.

el grupo de titulación a que corresponden cada una de ellas. Así se expresan con claridad algunas normas que regulan el proceso de funcionarización en el ámbito autonómico³⁴⁴.

Hemos podido constatar que en no pocos supuestos, las bases no indican el número de plazas afectadas por la funcionarización, lo que nos parece una irregularidad, aunque no necesariamente invalidante³⁴⁵, en función de la razón que la ampare, habida cuenta que en todo caso, sólo pueden optar al proceso un determinado número de trabajadores: aquellos cuya plaza esté afectada por la reclasificación a funcionarial, por lo que la doctrina judicial de la Audiencia Nacional ha validado que, sí ésta es la razón y no otra, no es necesario consignar el número exacto de plazas a cubrir por conocerse de forma predeterminados a los afectados (SAN 13-7-2001 FD 3º)³⁴⁶

Las razones de esta ausencia del número de plazas no debemos buscarla en un error, salvo contadas excepciones centradas en el ámbito local, sino en una razón de fondo de gran significación³⁴⁷: la posibilidad de que el aspirante laboral opte a Cuerpos y Escalas de grupos de clasificación distintos, lo que a nuestro juicio infringe la legalidad del proceso de funcionarización tal como apuntamos en esta misma segunda parte, capítulo primero- criterio que extendemos al supuesto de articular la funcionarización como un proceso de promoción de un grupo inferior al superior-, o bien que se trate de dos Cuerpos y Escalas distintos, pero

³⁴⁴ Decreto 69/1994 de 17 de marzo sobre funcionarización de la Comunidad de Castilla y León (art.2) y Resolución de 29 de junio de 1993 sobre normativa de selección por funcionarización del Principado de Asturias (art.3).

³⁴⁵ Sin embargo, para COSTA CASTELLÀ (*“Patologías...”*, ob.cit., pág.7), esta circunstancia, amparada por la Orden de 27-3-1991, conduce a los mismos resultados que la funcionarización a través de cursos selectivos de adaptación y, por tanto, es contrario a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

³⁴⁶ Prueba de ello es que en determinados procesos de funcionarización, con carácter previo a su inicio formal, se publican en el boletín oficial correspondiente la relación de personal laboral afectado. Así, en la Comunidad de Aragón tal publicidad abarca el número del puesto afectado según su ubicación en la RPT, los datos personales (nombres y apellidos) de su ocupante, el departamento y organismo autónomo afectado y la localidad de adscripción (*Vid.*, como ejemplo, BOA 20-10-2003).

³⁴⁷ Funcionarización del Cuerpo de Gestión de la Administración de la Seguridad Social (BOE 18-7-2002). Textualmente, la base 1.1.1., último párrafo establece que *“el personal laboral fijo que era titular, en la fecha de referencia para la funcionarización, de un puesto de trabajo clasificado por la CECIR como reservado a funcionario, podrá participar en las convocatorias de acceso a los dos Cuerpos, a los que la CECIR haya adscrito dicho puesto. En todo caso, sólo se podrá adquirir la condición funcionario en uno de los dos Cuerpos...”*.

adscritos al mismo grupo de clasificación, o incluso por ausencia de titulación, de ingreso a grupo inferior.

Sistemáticamente, cuatro son los supuestos específicos detectados en el análisis de las convocatorias consultadas:

1º.- la adscripción del puesto funcionarizado a dos o más grupos de clasificación (A/B, B/C, C/D o D/E, etc.). El supuesto es perfectamente legal y así lo prevé la legislación vigente, para el supuesto de adscripción a dos grupos de clasificación, pero no así –entendemos- a tres o más. Con el proceso de funcionarización lo que se habilita en algunos casos es que el aspirante puede optar a uno y otro, y si supera ambos, tomar posesión –lógicamente- en el grupo más elevado. Implica, en la práctica, la posibilidad de participar en dos procesos selectivos y, por tanto, una promoción encubierta si como laboral pertenece al grupo más bajo y supera el proceso superior³⁴⁸.

2º.- la adscripción del puesto funcionarizado a un grupo de clasificación superior al que le correspondía como laboral: es una práctica relativamente usual en puestos de subalternos u oficios (grupo E), que se clasifican como grupo D. En este caso, la funcionarización implica directamente también una promoción, aunque encubierta tras la formalidad de la readscripción³⁴⁹.

3º.- la adscripción del puesto funcionarizado a más de un Cuerpo o Escala, pero siempre integrados en el mismo grupo de clasificación³⁵⁰. Las bases consultadas parecen permitir en unos supuestos la participación en dos procesos o, en otros casos, el trabajador debe optar por uno de ellos, lo cual –ésta última- nos parece la única opción jurídicamente más correcta.

³⁴⁸ Así, el Acuerdo Administración-Sindicatos 1995-1997 establece que “*los puestos catalogados como funcionarizables se adscribirán a dos grupos...*” (capítulo XXIV, apartado segundo).

³⁴⁹ Es el supuesto plasmado en la Resolución de 10-4-2003 de la Universidad de Zaragoza, en donde el personal del grupo E se funcionariza como grupo D (BOA 25-4-2003).

³⁵⁰ Es el supuesto, entre otros, de la funcionarización del Cuerpo de Gestión de la Seguridad Social (BOE 18-7-2000) o de la Escala de Gestión de OOAA (BOE 29-12-1998).

4º.- un último supuesto es la adscripción del puesto a un determinado Cuerpo o Escala y grupo de clasificación, pero habilitando a su titular a optar a un grupo inferior, por carencia de titulación.

Aunque sea sorprendente, tales prácticas no son nada extrañas en la Administración del Estado derivada de los Acuerdos con las organizaciones sindicales, y en este supuesto la lógica impide establecer un número de plazas específicas, por cuanto ello no es conocido por la propia Administración convocante, habida cuenta que el funcionario optará por tomar posesión de la plaza, entre las que supere, de mayor grupo de clasificación o si es idéntico, por el Cuerpo o Escala que desee, transformándose la funcionarización en una promoción encubierta en el primer supuesto, y en una movilidad *ad hoc* o promoción horizontal, en el segundo; sólo desde esta perspectiva tiene también lógica el requisito previsto en algunas bases y/o convocatorias de que el aspirante a funcionarizarse no haya adquirido la condición de funcionario a través de otra convocatoria previa.

Entendemos que la legalidad únicamente se predica si se entiende que tal participación es a diferentes Escalas de un mismo grupo de clasificación, para el supuesto de que el puesto específico haya sido adscrito a más de un Cuerpo o Escala y siempre que el aspirante pueda optar a uno solo de ellos; ésta es la lógica que a nuestro juicio caracteriza algunas convocatorias de la Administración de Estado y de la Seguridad Social en su aplicación práctica del proceso funcionarizador³⁵¹ pero pudiéndose localizar otras, en donde lo que se oferta al trabajador es una opción doble de acceso a dos grupos de clasificación, incluso permitiendo la celebración de pruebas selectivas para aquellos que no superaron la de mayor nivel³⁵²; jurídicamente entendemos que en estos supuestos se quiebran los principios que rigen el proceso excepcional de funcionarización.

³⁵¹ Así, en la funcionarización de plazas de auxiliar administrativo de Organismos Autónomos, el aspirante “*podrá participar en las convocatorias de acceso a las dos Escalas a las que la CECIR haya adscrito dicho puesto. En todo caso sólo se podrá adquirir la condición de funcionario en una de las dos Escalas.*” (Resolución de 14-12-1998, BOE 29-12-1998).; en idéntico sentido, funcionarización de la Escala de Gestión de OOAA (Resolución de 14-1-1998, BOE 29-12-1998).

³⁵² En la funcionarización de la Escala Administrativa del INEM (grupo C), se permite la participación, de nuevo, de aquellos trabajadores que no superaron la funcionarización para acceso a la Escala de Gestión del INEM (grupo B), o bien que no ejercieron su derecho a participar en aquellas (Orden APU/2709/2002 de 16 de octubre, BOE 1-11-2002).

En cuanto a la funcionarización en grupos inferiores, por ausencia de la titulación requerida, hemos comprobado que se articulan procesos selectivos para diferentes Cuerpos y Escalas a los originariamente adscritos los puestos, lo que nos parece igualmente contrario a Derecho³⁵³.

Por otro lado, cualquier precisión en las bases o convocatorias impeditivas de la concurrencia a la funcionarización por haber participado en cualquier otro proceso de funcionarización debe reputarse, a nuestro juicio, ilegal, si el aspirante ostenta la condición de laboral y ocupa un puesto adscrito a funcionario y reúne los requisitos exigidos reglamentariamente. Por ello, creemos que debe efectuarse una necesaria reinterpretación de las fórmulas usadas en tales bases, que indican que *“no podrán participar en las presentes pruebas selectivas las personas que hayan accedido a un cuerpo o escala de funcionarios mediante la superación de un proceso de funcionarización...”* y *“la acreditación de que el aspirante no ha adquirido la condición de funcionario en un proceso de funcionarización anterior...”*³⁵⁴. La limitación debe ir dirigida únicamente a aquellos trabajadores que ya han consolidado un puesto de funcionario en esa misma Administración por adscripción del puesto que ocupaban a 30 de julio de 1988, pero no debe extenderse a trabajadores que pudieron funcionarizarse en cualquier otra entidad pública y luego ingresaron como laborales en la Administración que, en ese momento, procede a funcionarizar o incluso a aquellos que en un momento dado pudieron funcionarizarse, optaron posteriormente a un puesto laboral libremente por concurso, oposición o concurso-oposición en esa misma Administración y luego ese puesto es adscrito a funcionario. La prohibición debe entenderse, pues, como freno a la participación con base al mismo puesto a diversos Cuerpos o Escalas, circunstancia, que por otro lado, hemos podido comprobar que sí se autoriza en algunas convocatorias.

³⁵³ El supuesto es evidente en la funcionarización de un número indeterminado de plazas de delineantes de segunda de OOAA del Ministerio de Medio Ambiente (BOE 18-3-2000): se requiere *“tener la condición de personal laboral fijo y ser titular (...) de un puesto (...) reservado a funcionario y adscrito al Cuerpo de Delineantes (...) pero que al no poseer la titulación requerida, no puedan acceder al mencionado Cuerpo..”* (base 2ª, apdos 3ª, 4ª y 5ª).

³⁵⁴ Dicción literal de la norma 2.2, *in fine*, y 4.1, segundo párrafo, respectivamente, de la Orden TAS/1836/2002 de 10 de julio de funcionarización del Cuerpo de gestión del INSS (BOE 18-7-2002). Otras convocatorias en igual sentido, la Orden de 29-6-2000 para ingreso en el Cuerpo de Técnicos Superiores del INSS, la Resolución de 14-12-1998 de ingreso como Auxiliar de OOAA (BOE 29-12-1998) y la Resolución de 29-3-1999 para ingreso en la Escala Técnica de Gestión (grupo A) del INEM (BOE 14-4-1999).

En cuanto a las posibilidades que ofrece la ley de que puedan incluirse plazas adicionales hasta un diez por ciento, como máximo³⁵⁵ o que sea posible incrementarla con las vacantes que se produzcan hasta el momento de finalización de los ejercicios (STSJ Murcia 19-12-2000), es de aplicación inapropiada al proceso de funcionarización, por cuanto los trabajadores afectados deben estar nominalmente reconocidos antes del plazo de presentación de instancias, pues es causa de inadmisión la ausencia de tal reconocimiento, sin que sea posible añadirlos luego al proceso.

La referencia que hemos mencionado es la que mayor complejidad jurídica incorpora en las bases y/o convocatorias de funcionarización. Sin embargo, el art.16 del RGI exige que tales textos aprobados incluyan otras referencias de obligada inclusión, que a continuación reseñamos:

b) el sistema selectivo elegido, que dependerá de la expresa previsión legal para la funcionarización.

c) Pruebas de aptitud o de conocimientos a superar, con determinación de su número y naturaleza. La regla general en la función pública es que al menos una de las pruebas debe tener carácter eliminatorio –prescripción que nos es requerida en los procesos de funcionarización, según la doctrina judicial de la Audiencia Nacional, tal como ya hemos tenido ocasión de comentar- y que debe garantizarse, en la medida de lo posible, el anonimato; si hay fase de concurso, deben especificarse los méritos y su correspondiente valoración, así como los sistemas de acreditación de aquellos. Igualmente, si debe superarse un proceso de prácticas o un curso de formación, es preciso indicarlo en la convocatoria.

d) Los programas que deben regir las pruebas de funcionarización o indicación del boletín oficial en donde se hayan publicado con anterioridad.

³⁵⁵ Es el caso del art.55 de la LFP Cataluña.

e) Designación del Tribunal calificador o de la Comisión permanente de selección que haya de actuar.

f) Sistemas de calificación de los ejercicios.

g) Condiciones y requisitos que deben reunir los aspirantes.

h) Declaración expresa de que los Tribunales o las Comisiones no podrán aprobar ni declarar que han superado las pruebas selectivas un número superior de aspirantes al de plazas convocadas³⁵⁶. Esta previsión, muy común en las bases y convocatorias de funcionarización, deviene ciertamente inútil por cuanto la funcionarización no permite la participación de más trabajadores que plazas convocadas, como así lo reiteran muchas de las normas reguladoras de este proceso³⁵⁷ y como se deduce sin lugar a dudas de la previsión de que el trabajador que supere la selección quedará adscrito a la plaza que ocupaba en su anterior condición laboral.

i) Órgano, centro o unidad a que deben dirigirse las solicitudes de participación.

j) Calendario preciso de realización de pruebas. En la normativa del Estado, entre la terminación de una prueba y el comienzo de la siguiente debe transcurrir un plazo mínimo de setenta y dos horas y máximo de cuarenta y cinco días naturales.

k) Orden de actuación de los aspirantes, según el resultado del sorteo previamente celebrado.

³⁵⁶ Los contenidos absurdos son una constante en las convocatorias de funcionarización; así, la prohibición de aprobar o declarar que han superado las pruebas selectivas un número superior de aspirantes al de plazas convocadas es muy habitual. Otro contenido de igual cualificación –pero muy reiterado en las bases– es que en el supuesto de empate en la valoración de los ejercicios, se concreten criterios de “preferencia” para establecer el orden final de aprobados.

³⁵⁷ Esta vinculación entre plaza ofertada y trabajador que la ocupa no cabe ninguna duda en todos los procesos de funcionarización. Así, el art.4 del Decreto 163/1998 de funcionarización de Aragón establece que “...pudiendo concurrir a las mismas quienes figuren en la lista definitiva publicada por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos...”, en tanto que el previo art.3 señala que “...los puestos de trabajo objeto de funcionarización y el personal afectado por la misma serán los establecidos por Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de acuerdo con lo que determinen las respectivas RPT..”.

l) Determinación, en su caso, de las características, duración, plazo máximo para el comienzo y centro u órgano responsable de la evaluación del período de prácticas o curso selectivo.

Además de todo ello, la normativa de funcionarización ha añadido otros contenidos de obligada inclusión en las bases. En concreto:

a) la referencia expresa a la Ley que habilita excepcionalmente el proceso de funcionarización³⁵⁸.

b) La necesaria remisión a la aplicación de la normativa general de selección en todos aquellos aspectos del proceso selectivo no previstos específicamente en la normativa de funcionarización³⁵⁹.

c) La específica mención de que las plazas convocadas y no cubiertas no podrán ser acumuladas a otros turnos de acceso, esto es al turno libre y al turno de promoción interna³⁶⁰

IX.8.- Órganos de selección.

Un Tribunal o Comisión de selección es un órgano colegiado, compuesto por una agrupación de personas encargadas del reclutamiento del personal en el seno de la Administración³⁶¹. La doctrina ha calificado a los Tribunales o Comisiones de selección como órganos administrativos colegiados, lo que supone que en su funcionamiento se aplica la normativa de órganos colegiados contenida en los arts. 22 a 27 del capítulo II del título II de la Ley 30/1992

³⁵⁸ Para el ámbito estatal, art.9.1 de la Orden de 27-3-1991; en el ámbito autonómico, entre otros, art.4.1 del Decreto 69/1994 de funcionarización de la Región de Murcia y art.6.1. de la Resolución de 29-6-1993 de funcionarización en Asturias.

³⁵⁹ Art.9.3 Orden de 27-3-1991 y art.5 Decreto 163/1998 de Aragón, entre otros; en algunos supuestos la remisión es a la norma estatal, y no a la autonómica, como así prevé el art.4.3 del Decreto 69/1994 de 17 de marzo de funcionarización en Castilla y León.

³⁶⁰ Art.9.8 de la Orden de 27-3-1991 y art.4.8 del Decreto 69/1994 de funcionarización de Murcia, por citar dos ejemplos significativos.

³⁶¹ ILDEFONSO HUERTAS, R.María: “*La selección...*”, ob.cit., pág.217.

de 26 de noviembre de RJAP y PAC, remisión con carácter general que entendemos poco adecuada, por cuanto se dan dos factores que mediatizan tal opción cuando se trata de un órgano de selección: que tal órgano colegiado trata y valora la aplicación de un derecho fundamental- el del art.23.2 CE- y que sus decisiones son, desde la perspectiva de la discrecionalidad técnica, escasamente enjuiciables por los tribunales ordinarios, lo que implica que, en la práctica, su potestad y facultades sean casi incuestionables³⁶².

En el proceso de funcionarización no existen especificidades significativas en los órganos de selección en función de la particularidad del proceso, por lo que vamos a referirnos a ellos únicamente en aquellos aspectos que pueden tener importancia para la funcionarización y obviando toda la teoría jurídica sobre su funcionamiento, procedimiento y régimen jurídico de sus actos y centrándonos en aquellas modulaciones que, fundamentalmente en las convocatorias, hemos podido localizar.

En primer lugar, no obstante, sí debemos señalar, brevemente, que los Tribunales y Comisiones, en un proceso de funcionarización, tienen como función básica elaborar y calificar las pruebas que se establezcan y valorar y/o comprobar los méritos, agregar las puntuaciones correspondientes a las distintas fases del proceso selectivo de funcionarización y declarar los aspirantes trabajadores fijos que lo superan, lo que implica finalmente elaborar y publicar la relación de aquellos que son seleccionados y elevando al órgano competente la propuesta correspondiente para el nombramiento como funcionarios de carrera.

a) tipología de órganos selectivos. La legislación estatal establece dos tipos de órganos selectivos, los Tribunales y las Comisiones permanentes de selección (arts.11 y 12 del RGI). Este modelo es seguido por las Comunidades Autónomas, si bien con denominaciones diferentes en cuanto a las Comisiones que se crean para los procesos de funcionarización³⁶³;

³⁶² En este mismo sentido se pronuncia, entre la doctrina, FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: “*Reflexions...*”, ob.cit., pág.61.

³⁶³ En la Comunidad de Murcia, el Decreto 98/1994 de 9 de diciembre instituye una “*Comisión técnica de valoración de aptitud*” (art.4.1), acogida igualmente por los municipios de la provincia; en las Corporaciones Locales, ocasionalmente encontramos denominaciones distintas, como “*Comisión calificadora*” (Ayuntamiento de Palencia, BOCyL 3-1-2002 ó en los cuarenta y cinco decretos aprobados para funcionarizar

en todo caso, el dato importante que distingue a aquellos de éstas es el factor de la temporalidad: en tanto que los Tribunales de selección son creados y se constituyen para cada proceso selectivo, y son nombrados en la convocatoria, las Comisiones Permanentes intervienen en un indeterminado número de procesos selectivos de funcionarización, según la normativa, cuando el número de aspirantes y el nivel de titulación o especialización así lo aconsejen. En consecuencia, las Comisiones no se crean en ninguna convocatoria específica, sino que se aprueban por Orden ministerial o de la Consejería competente, siendo por tanto la norma de creación, la que establezca en qué procesos selectivos de funcionarización intervendrá³⁶⁴.

Sin embargo, en los procesos de funcionarización el recurso a un Tribunal o a una Comisión ha sido asistemático, pues no se dan las justificaciones que jurídicamente amparan a una Comisión, cuál es que su actuación es permanente en el tiempo. A nuestro juicio, la Administración del Estado parece optar por la Comisión, y no por un Tribunal, cuando se trata de convocatorias de funcionarización con un gran número de plazas ofertadas o donde hay una significativa descentralización de ciudades en donde se realicen los ejercicios teóricos y prácticos, pero tampoco esta es una regla significativa ni predominante³⁶⁵.

la plantilla del Ayuntamiento de Benidorm, BOP de Alicante 9-5-2002), “Comisión de Selección”, “Comisión de Valoración”, etc..

³⁶⁴ Vigente en estos momentos la Orden Ministerial de 3 de octubre de 2001, se atribuye a la Comisión Permanente de Selección “la realización de los procesos selectivos para ingresas en los cuerpos de gestión de la Administración civil del Estado, de gestión de sistemas e informática (...), general administrativo (...), técnicos auxiliares de informática (...) y general auxiliar (...). Igualmente se le podrá encomendar, previo acuerdo con el correspondiente departamento u organismo, la selección del personal de otros cuerpos o escalas cuyas funciones guarden relación con los antes indicados...”.

³⁶⁵ Así, en el ámbito estatal, se establece una Comisión para cubrir 1027 plazas de funcionarios auxiliares postales (BOE 16-4-1995) o para un número indeterminado de plazas de auxiliares administrativos de los OAAA de la Administración del Estado (BOE 29-12-1998); por el contrario, para funcionarizar 300 plazas del grupo B del Ministerio de Transportes (BOE 10-6-1993) o 1288 plazas de Auxiliares del INEM (BOE 4-1-1996) se instituye un Tribunal. En el otro extremo, es una Comisión la que valora la funcionarización de 6 plazas de Profesores técnicos de Formación Profesional del Ministerio de Educación (BOE 28-5-1999). En el ámbito local, las razones son menos comprensibles: así, constitución de una Comisión para funcionarizar 19 plazas del Organismo de Recaudación de la Diputación de Cuenca (BOP de Cuenca 19-2-2003).

b) la composición de los Tribunales y Comisiones debe estar basada en tres principios: el de especialización, el de imparcialidad y el de publicidad³⁶⁶, que se predicen con igual intensidad en una convocatoria libre, en una de promoción interna o en una de acceso restringido como es la funcionarización. La separación entre órgano de selección y órgano competente para el nombramiento es una de las garantías principales para tutelar la objetividad y la imparcialidad, redundando en la credibilidad del proceso selectivo, y en nuestro caso, de la funcionarización³⁶⁷.

No cabe destacar una especial singularidad en la composición y funcionamiento de los Tribunales y Comisiones de los procesos de funcionarización, por cuanto se aplican igualmente las reglas generales. La normativa estatal establece que la composición ha de ser en número impar, no inferior a cinco, debiendo los integrantes ostentar un nivel de titulación igual o superior al exigido en cada caso, así como ser sus miembros funcionarios de carrera. Existirá en todo caso un Presidente y un Secretario.

Al respecto, una especificidad muy propia de los procesos de funcionarización es la presencia, o la exigencia mantenida por parte de los órganos de representación unitaria y/o sindical que forme parte del Tribunal o Comisión un representante de los funcionarios o del personal laboral. Ello está previsto, en la norma estatal (art.30 RGI) para la selección de trabajadores fijos, en que del número impar de miembros del Tribunal o Comisión, “*uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores...*”, pero no así para la selección de funcionarios. En cambio, en la normativa autonómica y local, la presencia de representantes de los funcionarios es práctica común y sustentada legalmente; nuestro criterio es crítico con tal opción de participación, tal como expondremos, pues al atribuírseles derecho de voz y voto, quiebra el principio de imparcialidad habida cuenta los intereses que tutelan o pretenden proteger en su condición de representantes.

³⁶⁶ ILDEFONSO HUERTAS, R.M^a: “*La selección...*”, ob.cit. págs.220 y 221.

³⁶⁷ FÉREZ FERNÁNDEZ (“*Reflexions...*”, ob.cit., pág.60) entiende –en un criterio que compartimos– que el principio de separación se infringe esencialmente en la administración local, en donde el Presidente del Tribunal u órgano de selección es el Alcalde, el cual a su vez, como regla general, efectúa el nombramiento del nuevo funcionario.

c) igualmente, otra especificidad que puede plantearse en el proceso de funcionarización es la existencia de causas de abstención y recusación de los miembros del Tribunal. Ello alcanza especial intensidad con aquellos miembros que sean funcionarios de la Administración Pública y tengan lazos o relaciones con los candidatos a las plazas, supuesto que muy posiblemente acontece habida cuenta que todos ellos ya son trabajadores fijos de esa entidad pública, No hay especialidad en las reglas generales, por lo que son de aplicación los motivos de abstención y recusación de los arts.28 y 29 de la Ley 30/1992. En todo caso, sí incidiremos en una de las problemáticas más comunes en la funcionarización, cual es la dependencia jerárquica de uno, diversos o todos los candidatos de uno o diversos miembros del Tribunal, circunstancia que puede darse aleatoriamente pero también incluso porque la propia convocatoria sea la que obligue a que el superior jerárquico del o los candidatos forme parte del Tribunal³⁶⁸. En este sentido, es preciso señalar que la existencia de una causa de abstención o recusación debe basarse en datos objetivos y racionales, interpretados de forma equilibrada y no fruto de conjeturas caprichosas o desfiguraciones interesadas de la realidad (ATS 10-11-1999), pero es evidente que tal dependencia jerárquica puede originar dudas sobre su imparcialidad. En este sentido, sin embargo, creemos que la respuesta debe ser negativa, y que tal dependencia *per se* no es causa de abstención o recusación, excepto que pueda insertarse además en algunas de las causas específicas del art.28 y 29 antes citados –por ejemplo, amistad íntima o enemistad manifiesta-, pero sin que la previsión de la ley que instituye como causa haber prestado servicios profesionales de cualquier tipo o en cualquier circunstancia o puesto en los dos últimos años, pueda extenderse a la dependencia jerárquica ni tampoco a la mera amistad o relación de compañerismo entre el trabajador fijo y uno o diversos miembros del tribunal, pues la jurisprudencia y doctrina han distinguido entre una y otra circunstancia, abogando por la falta de apreciación como causa la existencia de vínculo jerárquico³⁶⁹.

³⁶⁸ Funcionarización del Ayuntamiento de Águilas: integrará el Tribunal el jefe del respectivo servicio (BORM 3-6-2003).

³⁶⁹ En este sentido se manifestó en su momento el Dictamen del Consejo de Estado de 22-1-1970 (exp.36817). Más recientemente, la STSJ de Asturias 24-3-1997 razona que la dependencia jerárquica no mediatiza, por si misma, la objetividad e imparcialidad de la actuación del superior, y la sentencia del mismo Tribunal de 7-11-1997 indica con rotundidad que la existencia de una “*relación laboral*” entre una persona y algún miembro de un Tribunal o comisión “*no implica necesariamente la concurrencia de amistad íntima con todos y cada uno de sus miembros, ni tan siquiera con aquellos con quienes les una relación de trabajo, a no ser que existan*

Otro de los aspectos es la integración en el tribunal de representantes de la Corporación local. Ello es una práctica ordinaria, en donde el Presidente del Tribunal es el Alcalde (o Presidente de la entidad local) o miembro de la Corporación –concejales o diputados provinciales- en quien delegue, pero en los procesos de funcionarización se denota una extensión de esta implicación de los órganos políticos, hasta el punto de que participan representantes del grupo de gobierno o de todos los grupos políticos integrantes en el Pleno³⁷⁰, incluso con expresa mención de que uno o varios miembros del Tribunal sean designados a instancias del partido o coalición el gobierno o en la oposición³⁷¹.

En cuanto a la participación de la representación de trabajadores o funcionarios, se trata de un supuesto muy habitual en la composición de los Tribunales o Comisión de selección para la funcionarización en la Administración autonómica y local³⁷², no así en la estatal, oscilando entre la presencia de un único miembro entre los cinco o más integrantes de aquellos hasta una integración lindando el 50 por 100, pero sin alcanzarlo o superarlo –en Madrid expresamente se indica que deberá ser inferior en al menos dos de los miembros designados por la Administración³⁷³-, a fin de que la Corporación o Comunidad Autónoma ostente la mayoría de votos³⁷⁴. No es extraño también que se autorice la participación de otros representantes, con

otros elementos de esa relación de amistad, cuando además la mera relación de servicios entre funcionarios no tiene cabida en la causa de recusación...” (FD 3º).

³⁷⁰ En la funcionarización del Ayuntamiento de Águilas el Tribunal está compuesto, entre otros, por un representante de cada grupo político integrante de la Corporación (BORM 3-6-2003); en idéntico sentido, funcionarización del Ayuntamiento de Palencia (BOCyL 3-1-2002), Granja de Torrehermosa (BOP de Badajoz 19-2-2001), Huerca de Almería (BOP de Almería 8-11-2002), etc.

³⁷¹ En la funcionarización de la Diputación Provincial de Cuenca, expresamente facultando al Partido Popular para tal designación (BOP de Cuenca 19-2-2003).

³⁷² Hasta el punto, en algún supuesto, de mediatizar la propia denominación del Tribunal. Así, en la funcionarización del Ayuntamiento de Finestrat, el Tribunal se denomina “*Comisión de admisión y calificación a las pruebas del Ayuntamiento de Finestrat-sindicatos*” (BOP de Alicante 2-3-2002).

³⁷³ Art.15.2 del Decreto 149/2002 de 29 de agosto regulador del proceso de funcionarización de la Comunidad de Madrid.

³⁷⁴ En los procesos de funcionarización de la Ciudad Autónoma de Ceuta, el Tribunal se compone de siete miembros, de los cuales tres son vocales designados por el órgano de representación funcional (Decreto 1499/2003, art.5.1.); en la Región de Murcia, de los nueve integrantes, cuatro son propuestos para cada una de las organizaciones sindicales representadas en el Consejo Regional de Función Pública (art.4.1 Decreto 87/1994 de 9 de diciembre); en la Comunidad de Castilla-la Mancha se alcanza igualmente la cifra de nueve miembros, de los cuales cuatro son a propuesta de las organizaciones sindicales (art.5.1. Orden 24-7-2002).

voz pero sin voto³⁷⁵, incluso para el supuesto de que el Tribunal no lo integre ningún miembro nombrado por la representación unitaria, pero sí se permita la presencia de un representante de cada uno de los sindicatos, con voz pero sin voto³⁷⁶.

Obligado es establecer si es posible que el Comité de Empresa o las Secciones Sindicales de trabajadores puedan nombrar un representante en el Tribunal. Ello sucede en ocasiones, incluso compartiendo tal vocalía con un representante de la Junta de Personal funcionario³⁷⁷. Esta opción puede ser discutida desde dos puntos de vista: el de la necesaria imparcialidad de los integrantes del Tribunal, que puede verse vulnerada por la presencia de un representante de los trabajadores, y por el vínculo jurídico de éste.

En cuanto al primer aspecto creemos que la presencia de un representante sindical o de índole similar es muy cuestionable, como ya hemos indicado, habida cuenta el papel que aparentemente le es asignado. Entendiendo que su presencia no supone una función de vigilancia o de control sobre los restantes miembros del Tribunal, pues implicaría una sospecha de hipotética prevaricación jurídicamente inaceptable, su razón de ser se fundamenta en la teórica razonabilidad de que un miembro del personal afectado, a través de sus representantes, esté presente en el Tribunal, como elemento de equilibrio o, con mayor claridad, de soporte proclive al aspirante interno. Esta filosofía subyace en las convocatorias libres y en las de promoción interna y sin duda alguna en las de funcionarización. A nuestro juicio, aquí es donde quiebra la objetividad e imparcialidad necesaria que todos los miembros del Tribunal o Comisión deben ostentar, por lo que cuestionamos claramente tal participación, y hacemos nuestra la recomendación formulada por el Defensor del Pueblo vasco (Ararteko) en el sentido de que las Administraciones Públicas deben garantizar no sólo el principio de especialidad en los tribunales sino también el de objetividad e imparcialidad, *“removiendo, cuando sea preciso, todos los obstáculos que impidan o dificulten su efectivo cumplimiento”*,

³⁷⁵ En la Ciudad de Ceuta, se permite que cada sindicato nombre un *“observador”* con voz pero sin voto. (Decreto 1499/2003, art.5.2).

³⁷⁶ Es el caso de la funcionarización de las escalas docentes de la Xunta de Galicia, lo que supone una presencia muy amplia al permitirse que concurren todos los sindicatos presentes en la Mesa Sectorial docente no universitaria (DOG 14-3-2003).

³⁷⁷ Funcionarización del Ayuntamiento de Palencia (BOCyL 3-1-2002) o de Huerca de Almería (BOP de Almería 8-11-2002).

lo que supone también “*reconducir a sus verdaderos límites la discrecionalidad técnica*”³⁷⁸. Por ello, nos parece más razonable que si acontece tal participación, no sea tanto como un derecho directo de aquellos representantes, sino mediante una fórmula indirecta, cual es que la designación corresponda a la Administración convocante, entre funcionarios de la misma, escogidos por una terna o por una propuesta efectuada por el órgano de representación unitario o sindical³⁷⁹.

Y en relación a la segunda cuestión, entendemos que la persona designada deberá ostentar, en todo caso, la condición de funcionario, pues así lo deducimos de la normativa vigente. El art.11 del RGI es muy claro, al señalar que los Tribunales estarán constituidos por un número impar de miembros que ostenten la condición de “*funcionarios de carrera*”, circunstancia ésta que impide la presencia ya no sólo de personal funcionario interino y eventual, sino sin duda de personal laboral. La misma rotundidad se establece en relación a las Comisiones Permanentes, al amparo del art.12.3 del RGI. Por ello nuestro criterio es que en el proceso de funcionarización el Tribunal o Comisión debe estar compuesta por funcionarios de carrera, con la salvedad en el ámbito local en que el Presidente del Tribunal será el Alcalde o cargo electo en quien delegue; en el supuesto de que, más allá de nuestras dudas sobre la oportunidad o legalidad del nombramiento, el Comité de Empresa o Junta de Personal designen a un integrante, éste en todo caso deberá ostentar la condición de funcionario.

Cuestión diferente, es, sin embargo, que se nombren, con voz pero sin voto, asesores especialistas, que pueden ser incorporados para todas o algunas de las pruebas: su función es la de colaborar con el órgano de selección exclusivamente en el ejercicio de sus especialidades técnicas. En este supuesto sí que es posible que tal asesor ostente un vínculo laboral o, incluso,

³⁷⁸ Informe anual del Ararteko de 1994, recomendaciones generales de los expedientes 32/1994 y 711/1994. Una reflexión crítica sobre tal participación de los representantes sindicales o de los funcionarios con interesantes consideraciones sobre la perversión de tal sistema en el supuesto de selección llevada a cabo en el Servicio Vasco de la Salud en 1996, *vid.* ALEDO AMORÓS, Fulgen: “*La experiencia de un proceso selectivo masivo: osakidetza 96*”, en “*Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas*”. IVAP. 1997, págs.238-240.

³⁷⁹ Entre las más convocatorias más recientes, es el modelo adoptado por el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Diputación de Segovia de 4-12-2003 (BOCyL 23-12-2003), en virtud del cual el Tribunal contará con la presencia de “*un representante de los funcionarios de carrera de la Corporación, designado por la Presidencia a propuesta de la Junta de Personal.*” (base sexta, apartado primero).

que no pertenezca a la plantilla de la Administración convocante ni a otra cualquiera, pero la razón de ser de su presencia es una muy específica y difícilmente encajaría en esta figura el nombramiento de un trabajador en representación del Comité de Empresa.

IX.9.- Publicidad de la convocatoria de funcionarización.

No existen especificidades relevantes en cuanto a la publicación de las convocatorias, lo que no impide que este momento administrativo sea de especial importancia, así como la posible impugnación de las mismas, habida cuenta su carácter restringido. Aunque el principio de publicidad no aparece expresamente previsto en la CE, en cuanto al acceso a la función pública, la STC 85/1983 lo ha referido al art.23.2 del texto constitucional como un requisito vinculado especialmente al acceso en condiciones de igualdad al empleo público, criterio que debemos también aplicar en la funcionarización; en consecuencia, la falta de publicidad de la convocatoria de funcionarización, bajo el pretexto de su conocimiento general por los trabajadores a que va dirigida, vicia el procedimiento, no siendo posible la subsanación y conservación de los actos y trámites del procedimiento selectivo (STS 7-10-1996), y ello es así porque aunque todos los trabajadores afectados tuvieran un conocimiento fehaciente y acreditado de la convocatoria, dado el carácter restringido, y su afectación por tanto al derecho constitucional de igualdad, la falta de publicación supone que terceras personas (otros trabajadores fijos, funcionarios o personas ajenas a la Administración convocante y muy especialmente trabajadores fijos con contrato en suspenso y reserva de puesto de trabajo, afectado éste –o no- por la funcionarización) desconocerían el inicio de tal proceso y, por consiguiente, no tendrían opción de impugnación.

Si el proceso de funcionarización afecta a la Administración del Estado o de la Seguridad Social o sus OOAA, la convocatoria y sus bases se publicarán en el Boletín Oficial del Estado. Si la convocatoria implica la funcionarización de personal laboral de una Comunidad Autónoma o sus OOAA, la publicación se efectuará en el Diario o Boletín Oficial de la Comunidad o Ciudad Autónoma.

En cuanto a las Corporaciones locales, la convocatoria aparece generalmente en el Boletín Oficial de la Provincia –si existe-, en el Diario Oficial de la Comunidad y, finalmente en el BOE, en tanto que las bases generales y específicas se publican en el Boletín provincial y en el Diario de la Comunidad. Tanto en el primer y segundo caso, también se da publicidad a través del Boletín de la Corporación Local, si tuviere.

Si bien en las Universidades Públicas, se produce un cierto desconcierto jurídico, la regla general debiera ser la publicación en el Diario o Boletín autonómico y en el BOE, lo cual no siempre sucede, como es el caso de Cataluña, en donde ordinariamente las Universidades limitan la publicación al DOGC.

En el proceso de funcionarización, esta publicación alcanza gran importancia, pues a través de ella se inicia el plazo de impugnación. No supone especialidad alguna, pero es necesario resaltar que si las bases devienen firmes y consentidas por falta de impugnación, no es posible que ésta acontezca posteriormente, alcanzando una fuerza vinculante para la Administración y para los trabajadores que concurren a la funcionarización. De ahí que las bases se configuren como la “*ley del concurso*”, en una denominación ya clásica en el derecho de la función pública española, lo que supone también que la Administración no podrá posteriormente, de forma unilateral, sin llevar a cabo ningún procedimiento de revisión de oficio, modificar el contenido de las bases de funcionarización de forma extemporánea, pues ello supondría afectar irregularmente los derechos o expectativas de quienes se presentaron a la funcionarización o no lo hicieron, confiando en los iniciales términos literales de aquéllas. Finalmente, debe señalarse que la publicidad se extenderá a todo el proceso selectivo de funcionarización, desde las referidas bases y convocatoria, pasando por los trámites posteriores, desarrollo de las pruebas y nombramiento final de los trabajadores funcionarizados.

IX.10.- Instancias.

La solicitud para participar en el proceso selectivo de funcionarización se llevará a cabo como regla general ajustándose a un modelo oficial de instancia, si así se ha aprobado

reglamentariamente, y el plazo de presentación es el común de veinte días naturales a partir del siguiente al de la publicación de la convocatoria en el BOE. Es posible que la Ley o el reglamento determinen otro plazo, lo cual es inusual en los procesos a que nos referimos.

La regla general establece que en cualquier proceso selectivo, para ser admitido y tomar parte en el proceso selectivo, los aspirantes únicamente deben manifestar en la instancia que reúnen todas y cada una de las condiciones exigidas, referidas siempre a la fecha de expiración del plazo previsto de presentación de instancias. Sin embargo, ya hemos comprobado a lo largo de éste y otros Capítulos, que en la funcionarización esta circunstancia viene corregida o aquilatada por la exigencia del factor temporal de adquisición de la condición de trabajador fijo, predeterminada legalmente en el ámbito estatal al día 30 de julio de 1988, y que debe mantenerse, eso sí, a la fecha de finalización del plazo. Idéntica perspectiva en el ámbito autonómico y local, con todas las condiciones que ya hemos desarrollado ampliamente. Por ello, si bien la regla general prevista por la legislación y sancionada por la jurisprudencia de que es posible presentar la instancia por parte de alguien que no reúna las condiciones exigidas a la fecha de publicación de la convocatoria pero sí dentro del plazo de presentación de instancias (STS 18-2-2000), ello no será así en este específico supuesto que hemos comentado.

IX.11.- Lista de admitidos y excluidos.

La normativa estatal señala que finalizado el plazo de presentación de instancias, la autoridad convocante dictará la Resolución correspondiente, en el plazo máximo de un mes, declarando aprobada la lista de admitidos y excluidos al proceso selectivo de funcionarización. La Resolución se publica en el BOE e indica el lugar donde están expuestas las listas certificadas completas, y señalándose un plazo de diez días hábiles para subsanar a los aspirantes excluidos y la determinación del lugar y fecha del comienzo de los ejercicios y, en su caso, el orden de actuación. La fecha de publicación en el BOE será determinante para los plazos en las hipotéticas impugnaciones o recursos.

Téngase en cuenta que en muchos supuestos de funcionarización, la Administración ha publicado previamente el listado de personas afectadas, por lo que este trámite de lista de

admitidos y excluidos viene conformado en gran medida por el carácter de máxima restricción del proceso.

La Administración convocante podrá excluir de la lista de admitidos a aquellos trabajadores fijos que carezcan de algún requisito básico para acceder a la plaza convocada (titulación, edad, nacionalidad, etc..). En el proceso de funcionarización, además, debemos reseñar los siguientes dos aspectos:

- la Administración deberá excluir también aquellos aspirantes que no reúnan los requisitos específicos propios del proceso específico de funcionarización al que el aspirante desea participar.

- en la selección por funcionarización se da una peculiar conexión entre los anteriores requisitos específicos y los méritos de los candidatos. Así, mientras en un proceso libre o de promoción interna, no podrá ser criterio de exclusión el no ostentar alguno de los méritos valorables, en la funcionarización precisamente estos méritos constituyen un elemento básico y esencial, por cuanto la mayoría de ellos se derivan, precisamente, de la prestación efectiva de servicios y el acceso previo a la condición de laboral fijo a través de un proceso selectivo reglamentado.

IX.12.- Desarrollo de los ejercicios.

Iniciado el proceso selectivo de funcionarización, la normativa estatal establece la no obligatoriedad de la publicación de los sucesivos anuncios de la celebración de las respectivas pruebas en el Boletín Oficial (STS 4-10-1993). Los anuncios deben hacerse públicos por el órgano de selección en los locales donde se hayan celebrado las pruebas anteriores, con doce horas al menos de antelación del comienzo de las mismas, si se trata del mismo ejercicio, o de veinticuatro horas, si es uno de nuevo.

X.- FINALIZACION DEL PROCESO SELECTIVO, PERIODO DE PRACTICAS Y CURSO SELECTIVO.

La finalización del proceso selectivo de funcionarización supone un conjunto de actuaciones o situaciones de máxima trascendencia, como paso previo a la adquisición de la condición de funcionario. No se dan especialidades sustanciales de interés concreto en la funcionarización distintas de un proceso selectivo ordinario, aunque sí algunos aspectos que merecen consideración.

X.1.- Relación de aprobados y propuesta de los Tribunales o Comisiones.

Finalizado la calificación de los trabajadores aspirantes a la funcionarización, los órganos de selección deben hacer pública la relación de aprobados por orden de puntuación, que se deduce como regla general por la suma de las diferentes fases que compusieron el proceso (oposición, concurso, etc..) lo cual no podrá suceder cuando las bases prevean una valoración de *Apto* o *no Apto*, salvo que se opte por tener en cuenta en exclusiva la valoración de la fase de concurso³⁸⁰. La regla general establece que tal relación de aprobados no podrá rebasar el número de plazas convocadas, pero en la funcionarización esta previsión a menudo establecida en las bases y convocatorias, deviene inútil, por cuanto únicamente es posible la participación de un trabajador por plaza convocada. La relación se elevará a la autoridad competente.

Es suficiente con la publicación de las calificaciones de los trabajadores que han superado el proceso, omitiendo a aquellos que no han alcanzado la funcionarización. La jurisprudencia ha aceptado, incluso, que no se haga pública la puntuación de cada aspirante, sino únicamente su nombre como candidato que ha superado la selección, si bien debe hacerse constar, en otro documento público, la puntuación obtenida de forma específica por cada uno de ellos (STS 11-4-1994).

³⁸⁰ Es la opción prevista por la Orden 71/2001 de 27 de junio de la Consejería de Desarrollo autonómico y Administraciones públicas de La Rioja (art.7.3). Más recientemente, la Orden 127/2003 de 26 de diciembre de la Consejería de Administraciones Públicas de La Rioja.

Es importante señalar, sin embargo, que la doctrina judicial sobre el concepto de *aprobado* y *apto* debe aquilatarse en el proceso de funcionarización. Según la STS 26-9-1994, la calificación como *apto* de un aspirante no le dota de una expectativa de aprobar, ni derecho alguno, por cuanto lo determinante es la relación de aprobados finales, condicionada por el número de plazas convocadas. Al respecto, son diversos los procesos de funcionarización que no prevén la obtención final de una puntuación graduada de mayor a menor de los trabajadores aspirantes, sino únicamente la calificación de *Apto* o *No Apto*³⁸¹;

Sin embargo, hemos de entender, en relación a ello, lo siguiente:

- tal opción, aunque pueda parecer extraña, se basa en el hecho de que el orden de prelación de aprobados es indiferente en el proceso selectivo de funcionarización, por cuanto con independencia de la nota final obtenida, el puesto a ocupar será, inexcusablemente, el predeterminado anteriormente, ocupado por un trabajador fijo al que se le ha readscrito el régimen jurídico del puesto³⁸².

- consecuente con lo anterior, la calificación de *apto* en estos supuestos sí que otorgará un derecho y expectativa al trabajador que la obtenga, que no será otro que la posibilidad de ser nombrado funcionario de carrera. En este caso especial, un *apto* será equivalente a aprobado.

- finalmente, es preciso la motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos. Sin embargo, aquellos actos que se basen en criterios de discrecionalidad técnica

³⁸¹ En el ámbito autonómico, así lo regula los arts.6.4 y 7.2 de la Orden 71/2001 de la Comunidad de La Rioja y en igual sentido, la Orden 127/2003 de 26 de diciembre.

³⁸² Ello es tan preciso, derivado de la normativa legal, que las bases, aunque mayoritariamente regulan el orden de prelación, lo hacen de forma innecesaria, en ocasiones incurriendo en contradicciones. Así, en la Resolución de 16-10-1998 de funcionarización de los cuerpos generales y especiales de la Universidad de Castilla-La Mancha, se establece que la adjudicación de las plazas a los aspirantes se efectuarán según la puntuación total obtenida (base.1.6), en tanto que inmediatamente la base 1.8 señala que el personal que supere la funcionarización permanecerá un mínimo de 2 años en el puesto que ocupaba como laboral (BOE 3-11-1998); las Bases aprobadas por la Comisión de Gobierno de 4-12-2003 de la Diputación Provincial de Segovia (BOCyL 23-12-2003) llegan incluso a prever, en el límite de la absurdidad, que si se produce un “*empate entre dos o más aspirantes, el Tribunal podrá llevar a efecto una o más pruebas complementarias sobre los ejercicios que componen la fase de oposición*”, lo cual no sólo es ciertamente absurdo, sino que además es ilegal, al no estar previsto en las bases cuáles son esos ejercicios a realizar a juicio del Tribunal.

deberán atenerse a lo previsto al respecto por las normas legales y reglamentarias y las bases de la convocatoria de funcionarización.

X.2.- Aportación de documentos.

Los trabajadores fijos que superen el proceso selectivo deberán aportar ante la Administración, en el plazo de veinte días naturales desde que se hagan públicas las relaciones de aprobados, los documentos acreditativos de las condiciones de capacidad y requisitos exigidos en la convocatoria. Al respecto, debemos señalaremos que en la funcionarización cabe destacar los aspectos siguientes:

- la no aportación de esos documentos conlleva que el trabajador fijo decae en su derecho a ser nombrado funcionario de carrera³⁸³.

- la normativa general establece que en el supuesto anterior, el puesto dejado de ocupar no podrá ofertarse a aquellos aspirantes que hubieran obtenido una puntuación suficiente pero no fueron incluidos en la lista de aprobados. En la funcionarización, este planteamiento es inocuo, por cuanto el trabajador fijo que ha renunciado permanecerá en el puesto laboral que ocupaba sin argumentación jurídica que lo impida, por cuanto la voluntariedad en la participación debe entenderse no sólo al momento de presentación de la instancia sino también a lo largo de todo el procedimiento.

- también la regla general exonera a los aspirantes funcionarios de acreditar aquellos requisitos ya acreditados en su primer nombramiento, que únicamente deberán presentar una certificación del Ministerio u organismo del que dependen (art.23.3 RGI) .

- entendemos que debiera superarse la petición y aportación de documentos que ya constan en el expediente administrativo del trabajador, como es el caso del documento nacional de identidad o declaraciones de no haber sido separado o sancionado, entre otros de habitual

³⁸³ Esta cláusula aparece en prácticamente todas las bases de funcionarización y/o convocatorias y ha sido acogida como plenamente válida, para tales procesos, por la SAN 20-9-2001.

pero absurda inclusión en las convocatorias de funcionarización, en aras de un principio de agilidad administrativa.

X.3.- Período de prácticas y cursos selectivos.

Es factible que, con carácter potestativo, la convocatoria establezca la necesidad de superar un periodo de prácticas o un curso selectivo previo al nombramiento como funcionario de carrera, pero posterior a la publicación de la lista de aprobados. Ello permite a tales aspirantes ser nombrados funcionarios en prácticas. Sin embargo, las convocatorias de funcionarización sólo de manera muy singular incluyen tal posibilidad y ello ha sido validado por los Tribunales, al razonar que en la funcionarización entra dentro de las facultades de la Administración convocante instituir tal período (SAN 13-7-2001).

La diferencia entre un curso selectivo y un período de prácticas es que el curso forma parte del proceso selectivo, de tal manera que si no se supera, se pierde el derecho al nombramiento como funcionario de carrera, en tanto que el período de prácticas es un trámite más a completar pero sin naturaleza selectiva, salvo que la selección sea para ingresar en una Escuela especializada. Ello comporta que cuando esté previsto un curso selectivo, es posible declarar aprobados un número mayor de personas que plazas, pues el curso seleccionará los candidatos finales, en tanto que ello no podrá acontecer si lo previsto es un periodo de prácticas (art.22.3 RGI). Tal posibilidad decae, en cuanto a su lógica, en un proceso de funcionarización.

Aunque no son numerosos los procesos que prevén tales opciones, tampoco es una práctica extraña, ya sea a través de las convocatorias específicas, ya a través de la normativa general reguladora de la funcionarización. La fórmula más usual es el curso selectivo, pero en este supuesto es necesario distinguir dos posibilidades:

- a) muchas convocatorias incluyen un curso o cursos como integrantes de la oposición o concurso-oposición. Aparentemente se trata de un curso selectivo, pero se aparta en su contenido al supuesto que aquí planteamos: se trata, como ya vimos, de la utilización

del curso como contenido específico de la fase de oposición, ya sea de forma total – Valencia, por ejemplo- o parcial.

- b) El supuesto al que aquí nos referimos es aquel curso selectivo que debe llevar a cabo el trabajador a funcionarizar una vez ha superado las fases de oposición y concurso, si hubiera ésta última.

Esta fórmula es la empleada en la funcionarización del personal laboral de la Comunidad de Aragón. En este supuesto, las pruebas de acceso a los grupos A y B implican dos ejercicios teóricos y uno de práctico de carácter eliminatorio. Quien los supere deberá realizar un “*curso de adaptación*”, con una obligada asistencia de un mínimo del 90 por 100 de las horas lectivas. También ha sido incorporada por algunas Universidades Públicas³⁸⁴, si bien con algunas ambivalencias, confundiendo en ocasiones lo que propiamente es un curso selectivo con un período de prácticas, al llevar a cabo un supuesto mixto integrado en la fase de oposición pero que permite el nombramiento del *funcionario en prácticas* antes del inicio de la tercera fase, de prácticas. En estos supuestos, la fase última de la oposición, como funcionario en prácticas, incluye un curso formativo a superar y una evaluación de la capacidad y de los conocimientos del puesto de trabajo³⁸⁵.

El acceso al curso selectivo supone nombrar como funcionarios en prácticas a los trabajadores fijos, y aunque nada se prevé expresamente, entendemos que el contrato laboral pasa a una situación de suspensión por mutuo acuerdo entre las partes, o una excedencia voluntaria por incompatibilidad. La no superación del curso supone la pérdida del derecho a ser nombrado funcionario de carrera y entendemos que por un principio de justicia material aquella

³⁸⁴ No son significativamente numerosas, pero es cierto que habiendo sido acogido tal fase por algunas, comportan algunos interrogantes, tal como planteamos en el texto principal. Ejemplos de procesos que las incluyen son, entre los más recientes, la funcionarización del personal del grupo E de la Universidad de Girona (DOGC 13-12-2001), que incluye un período de seis meses de prácticas y la superación de un curso de veinte horas o la funcionarización de la Escala Auxiliar de la Universidad de Cantabria (BOE 10-12-1997) que instituye el nombramiento en prácticas, la realización de un curso también de veinte horas y la obligada superación de unas y otras, para poder ser nombrados funcionarios de carrera. Entre las primeras detectadas, así lo estableció la funcionarización de bibliotecarios de la Universidad Politécnica de Cataluña (DOGC 12-4-1989).

³⁸⁵ Funcionarización del personal del grupo E de la Universidad de Girona (DOGC 13-12-2001).

suspensión o excedencia debía entenderse con reserva de puesto de trabajo hasta ese momento final, de tal forma que el trabajador que no supere el período de prácticas reingresa como trabajador fijo en el mismo puesto de trabajo.

La previsión incluida en el Real Decreto 2223/1984 de selección, ya derogado, de que los funcionarios en prácticas que no superasen el curso selectivo podían incorporarse al inmediatamente posterior con la puntuación asignada al último de los aspirantes al mismo (ahora ya no consta en el RGI) es de imposible aplicación en un proceso de funcionarización si aceptamos la posición que hemos mantenido en la primera parte (capítulo tercero) de esta tesis, de su carácter único y excepcional, salvo que no pudieran realizar el curso selectivo –o periodo de prácticas- por causa de fuerza mayor debidamente justificada y apreciada por la Administración³⁸⁶ o enfermedad sobrevenida. En estos supuestos, que impidan realizar uno y otro, entendemos que deberían poderlo llevar a cabo con posterioridad, cuando la Administración convoque plazas del mismo Cuerpo o Escala por turno libre. Para evitar tal distorsión, alguna norma ha evitado nombrar como funcionarios en prácticas a los trabajadores que deben realizar el curso, posponiendo la “*funcionarización efectiva*” a su superación final, e incluso permitiendo la incorporación a un próximo curso –tal como nosotros proponemos- para el supuesto de que no lo superara por razones justificadas³⁸⁷, o mediante fórmulas alternativas, como son cursos o acciones formativas de igual condición a aquél³⁸⁸. Sin embargo, el planteamiento más lógico, asumido por una inmensa mayoría de convocatorias, es no fijar un período de prácticas o, de hacerlo tal período queda exceptuado para los

³⁸⁶ Único supuesto según el art.24.2 RGI, dado que el servicio militar y la PSS han desaparecido.

³⁸⁷ Así lo prevé el art.7 del Decreto 163/1998 de funcionarización de la Comunidad de Aragón, a través de una particular previsión que si bien inicialmente señala que la condición de funcionario se obtiene tras superar los ejercicios teóricos y prácticos eliminatorios, a continuación requiere la superación del curso y, en caso negativo, “*el aspirante se incorporará al próximo curso de adaptación que se convoque, quedando pospuesta su funcionarización efectiva hasta la realización del mismo*”. (art.7.1, segundo párrafo).

³⁸⁸ En la funcionarización de Auxiliares Administrativos de la Universidad Politécnica de Cataluña, se efectúa el nombramiento en prácticas; la no superación del curso de 50 horas se articula con la posibilidad de participación en otros cursos de igual condición que se organicen. (DOGC 7-9-1988).

trabajadores fijos que acrediten en la Administración convocante una determinada antigüedad, lo que supone *de facto* la exención para todos los aspirantes³⁸⁹.

X.4.- Nombramiento y toma de posesión.

Finalizado el proceso selectivo, los trabajadores que lo hayan superado serán nombrados funcionarios de carrera, debiéndose publicar tal nombramiento en el boletín o diario oficial correspondiente, lo que implica la finalización del proceso selectivo. Tal nombramiento podrá fiscalizarse por los tribunales si acontecieron irregularidades en su adopción o si algún funcionario carecía de los requisitos básicos generales, o los específicos, exigidos en la convocatoria de funcionarización.

La adquisición de la condición de funcionario dependerá, sin embargo, de que el trabajador tome posesión en el plazo de un mes a contar desde la notificación del nombramiento³⁹⁰, si bien previamente deberá jurar o prometer cumplir las obligaciones de su cargo, a través de una forma ritual que implica declarar su lealtad al Rey y guardar y hacer guardar la Constitución como norma fundamental del Estado (Real Decreto 707/1979 de 5 de abril), ampliada en las Comunidades Autónomas al Estatuto de Autonomía. La toma de posesión supone, pues, la perfección de la relación funcional (STS 30-6-1990).

Si el trabajador no toma posesión en el plazo determinado, y excepción hecha de que hayan causas de fuerza mayor debidamente justificadas, se entenderá que pierde todos los derechos a acceder a la condición de funcionario mediante renuncia tácita³⁹¹. La toma de posesión del trabajador supone, así, un acto de ejecución del acto de nombramiento; nunca podrá imponerse

³⁸⁹ En el proceso de funcionarización de bibliotecarios de la Universidad Politécnica de Cataluña, se estableció curso complementario de formación y período de prácticas, si bien este último quedaba exento para los laborales con más de cuatro meses de servicios prestados en su puesto reconvertido (DOGC 12-4-1989); en la funcionarización de 125 auxiliares administrativos, el período era de dos meses (DOGC 7-9-1988).

³⁹⁰ Entendemos como contrarias a Derecho las convocatorias que fijan plazos inferiores. Así, en la funcionarización del Ayuntamiento de Jaca, el plazo es de 48 horas (BOP de Huesca 14-2-2002).

³⁹¹ ILDEFONSO HUERTAS destaca al respecto que tal interpretación no está recogida en la legislación estatal, pero que la doctrina (entre otros, PARADA VAZQUEZ) lo deduce del Reglamento de funcionarios de 1918 y lo aplica a nuestro derecho actual ("*La selección...*"), ob.cit., pág.240, nota.35.

al trabajador tal toma de posesión, que se configura como un acto voluntario para aquél pero como un acto debido de la Administración convocante (STS 30-6-1990 y STSJ Canarias 8-10-1999). Entendemos como contrarias a la legalidad las bases y convocatorias que demoran tal toma de posesión a criterios organizativos internos de la entidad convocante, por infringir las normas de rango superior que establecen plazos específicos³⁹², o las que instituyen medidas cautelares de algún tipo³⁹³, sin que la particularidad del proceso de funcionarización sea justificación, pues las plazas afectadas están dotadas presupuestariamente y previstas en la RPT y aunque ocupadas, lo son por el propio trabajador que ha superado el proceso de funcionarización³⁹⁴.

En consecuencia, el trabajador fijo que opta a la funcionarización deberá cumplir, de forma sucesivo, el requisito de superación de las pruebas y, en su caso, de los cursos formativos o periodos de prácticas, el nombramiento conferido por autoridad competente, el juramento o promesa en la forma que la ley determine y la toma de posesión en el plazo reglamentariamente previsto. Por tanto, la fecha de esta última es la que determina los efectos económicos del trabajador funcionarizado, desde la perspectiva de su nueva sujeción al derecho administrativo (STS 5-12-1990) y la afectación del vínculo laboral preexistente.

XI. PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN TRÁMITE.

No es inusual que con anterioridad a la finalización del plazo de presentación de instancias o entre ese momento y la toma de posesión como funcionario de carrera, el trabajador pueda reclamar diferencias económicas derivadas del ejercicio efectivo de una superior o diferente

³⁹² En la funcionarización del Ayuntamiento de Salamanca, la toma de posesión queda condicionada a la modificación posterior de la plantilla, que adscribirá el puesto cubierto a funcional (BOCyL 26-2-2002).

³⁹³ En el proceso de funcionarización de los puestos de recaudador (8 plazas), oficial mayor (7), oficial de recaudación (46), administrativo (2) y agente de recaudación (2) de la Diputación provincial de León, se exigió a los aspirantes una fianza de 6000 euros, de carácter colectivo, para responder de su gestión futura y con carácter de solidaria para todo el personal de recaudación: “*sin el cumplimiento de este requisito no podrán tomar posesión..*” (BOP de León 2-12-1994).

³⁹⁴ Con carácter general, fundamentado la crítica en cuanto a la demora en los nombramientos, se pronunció ya con rotundidad la cuestión 1496/1993 del Síndic de Greuges de Cataluña.

categoría o grupo profesional o, incluso, plantear una demanda de reclamación profesional. Algunas legislaciones han tratado de dar respuesta a esta problemática, aunque a nuestro juicio, como tendremos ocasión de señalar, con escaso buen criterio jurídico. Fundamentalmente, las soluciones adoptadas son las siguientes:

- en algunos supuestos se ha permitido al trabajador funcionarizado renunciar a su condición de funcionario de carrera y reintegrarse como trabajador en el nuevo estatus derivado de la sentencia judicial firme, para el caso de que se le reconozca una nueva categoría o grupo superior.

- también se ha habilitado la posibilidad de integrar, en su estatuto funcionarial individual, si el reconocimiento judicial del orden social tiene sólo efectos económicos, la mejor condición resultante en vía jurisdiccional.

- finalmente, se ha optado también por el reconocimiento al funcionario de su nueva condición superior en categoría o grupo de clasificación, si ostenta la titulación adecuada, lo cual en la práctica implica una integración directa contraria al ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, ninguna de estas vías son válidas en el derecho de la función pública española; en cuanto a Navarra (que ha asumido las dos primeras soluciones), nos remitimos al siguiente capítulo quinto de esta segunda parte de la tesis. Por ello, tampoco consideramos ajustado a derecho la previsión del art.17.4 del Decreto 149/2002 de 29 de agosto de funcionarización del personal laboral de la Comunidad de Madrid que, ante una sentencia del orden judicial social posterior a la toma de posesión, que implique un cambio de categoría o grupo profesional, *“el interesado podrá renunciar a la condición de personal funcionario y continuar como personal laboral fijo en dicha categoría profesional, pudiendo participar en el correspondiente proceso de funcionarización, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para la participación en dicho proceso....”*.

Entendemos que las razones jurídicas para cuestionar tal vía de solución son las siguientes:

1º.- la relación laboral primigenia quedó extinguida al tomar posesión como funcionario, al amparo generalmente del art.49.1.b del ET (*vid.*, segunda parte, capítulo sexto), no siendo posible un *renacer* de aquel vínculo jurídico, en el ámbito de la Administración Pública. Lo extinguido no puede retomarse si se trata de una relación laboral fija que requiere, inexcusablemente, un proceso selectivo.

2º.- aún de aceptarse tal anterior hipótesis o solución jurídica, el no haber superado el trabajador afectado con la nueva categoría o grupo profesional, un proceso selectivo reglamentario, sino que su consolidación se ha derivado de una sentencia judicial, no podrá tener derecho de acceso al proceso restringido de funcionarización, tal como expusimos extensamente en esta segunda parte (capítulo segundo), pues se tratara de un trabajador indefinido no fijo³⁹⁵.

Este criterio que mantenemos ha sido acogido favorablemente tanto por la doctrina del Consejo de Estado como por la jurisprudencia. Así, el Dictamen núm.2346 de 25 de octubre de 2001 establece que la funcionarización sólo puede efectuarse y tomar en cuenta las situaciones consolidadas como laboral de forma reglamentaria a fecha 30 de julio de 1988 – para el ámbito estatal: en consecuencia, los acuerdos de la CECIR o sus equivalentes autonómicos, locales y universitarios, no pueden verse afectados por pronunciamientos judiciales posteriores³⁹⁶. Este mismo criterio, del marco temporal, es acogido por los Tribunales, al señalar que el “*elemento determinante*” es la fecha de entrada en vigor de la ley que reforma la adscripción de puestos de laborales a funcionarios, por lo que la decisión del orden jurisdiccional social o -como también era el supuesto valorado en el referido Dictamen del Consejo de Estado- del Convenio Colectivo del personal laboral de reclasificar uno o diversos puestos o categorías, con posterioridad a la fecha citada “*para nada afecta a la catalogación tenida en cuenta a efectos administrativos*” (SAN 14-11-2002).

³⁹⁵ Sin embargo, la posibilidad de que tal funcionarización sea factible parece ser acogida favorablemente, aunque para el acceso a la condición de personal estatutario de las instituciones de la seguridad social, en los supuestos de trabajadores con título obtenido y sentencia firme anterior al inicio mismo del proceso (STC 34/2002 de 11 de febrero).

³⁹⁶ Dictamen referido a la solicitud de clasificación funcional derivada del proceso de funcionarización de administrativos de OOAA aprobado por Resolución de la Secretaria de Estado para las Administraciones Públicas de 9 de junio de 2000 (BOE 27-6-2000).

Por consiguiente, nuestra conclusión es que, a las dos razones alegadas cabe añadir esta última vinculada al momento temporal de entrada en vigor de la ley de función pública que reforma la adscripción de puestos, con una doble consecuencia:

- el trabajador funcionarizado no podrá retomar o revivir el vínculo laboral anterior, ya extinguido, por cuanto tal extinción fue voluntaria (*vid.* próximo capítulo sexto). Los efectos de una sentencia firme en el orden social no pueden expandirse más allá de aquel vínculo laboral, por lo que la categoría, cuerpo, escala, etc..en que esté incluido será la efectivamente válida (STSJ País Vasco 20-2-1997), oponiéndose a una pretensión distinta el hecho de que, al optar al proceso selectivo, el trabajador tenía conocimiento de las condiciones de la funcionarización, lo que impide que se convalide con posterioridad su acceso a un estatus funcional distinto al de la convocatoria, en la que voluntariamente participó (STSJ Madrid 14-3-1995).

- los únicos derechos que la Administración deberá reconocer al trabajador ya funcionarizado deberían ser fundamentalmente económicos, derivados de aquel contrato fijo ya extinguido y no más allá de la toma de posesión como funcionario de carrera.

XII.- PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN Y TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS Y EMPLEADOS AFECTADOS.

Un supuesto que ha acontecido en numerosas ocasiones, especialmente entre el Estado y las Comunidades Autónomas y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, aunque extensible a otras esferas públicas, es el de que iniciado un proceso de funcionarización, aquellos puestos afectos se ven incurso en una fase política de transferencia de competencias entre dos Administraciones, lo que implica, desde la perspectiva jurídica, la afectación para la Administración receptora de una decisión tomada previamente por la entidad que transfiere.

En este supuesto, el marco jurídico ha sido confuso, por cuanto los trabajadores que participan en el proceso de funcionarización lo hacen en relación a una Administración específica y un puesto concreto, pero en el interín, la adscripción orgánica y funcional de este puesto se ve

modificada, ya no dentro de la propia entidad, sino por su traspaso a otra Administración, que sería, en hipótesis, en donde deberá tomar posesión de su condición de funcionario, aunque no necesariamente, pues el traspaso o transferencia puede suceder tanto antes como después de finalizar el proceso de funcionarización.

Fundamentalmente, desde el punto de vista jurídico, las mayores dificultades surgirán cuando el traspaso o transferencia acontece cuando el trabajador aún ostenta la condición de laboral, y el proceso selectivo no ha finalizado; en menor grado, cuando ya ha superado el proceso de funcionarización y se plantea la negativa o renuencia del nuevo funcionario a tomar posesión como funcionario de la entidad pública receptora de las transferencias o traspasos, prefiriendo la de origen.

En este último supuesto debe tenerse en cuenta que las dificultades que por lo general surgen se derivan del deseo de los nuevos funcionarios de pertenecer a una u otra Administración en función de expectativas que creen más factible según parámetros muy distintos –así, p.ej., la mayor movilidad que permite la Administración Central frente a una autonómica-, o incluso por los derechos y deberes que se derivan de normas de función públicas diferentes (como es el supuesto de Navarra, en donde la integración en su función pública foral supone un *plus* muy significativo de mejores condiciones de trabajo y derechos reconocidos).

Deben efectuarse, no obstante, algunas precisiones previas, especialmente desde la perspectiva del traspaso o transferencia de servicios cuando el personal afectado mantiene aún estatus laboral; téngase en cuenta al respecto, que la construcción del Estado autonómico y la constitucionalización de un ámbito amplio de autonomía local ha supuesto que desde el inicio mismo de la transición política en 1976 este proceso de transferencia haya sido constante, sin haber finalizado todavía, al ampliarse progresivamente el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas pero también debido a la reestructuración de la organización territorial de éstas últimas, mediante la potenciación –y consiguiente transferencia de servicios- entre estas y los entes locales ya sea tradicionales –ayuntamientos, fundamentalmente- o de nueva creación –comarcas-, sin obviar los traspasos entre Diputaciones provinciales y Comunidades Autónomas, en ambos sentidos.

Ante esta realidad evidente, la doctrina judicial ha sido clara al señalar que los posibles problemas de coordinación y de aplicación de normas a los recursos humanos transferidos, deben resolverse en primer término mediante la necesaria normalización de su vínculo estatutario, y esa normalización pasa por regla general por la integración plena y sin reparos ni secuelas en la nueva función pública, en base a los principios de economía y de mayor estabilidad del servicio público, valorándose que el mantenimiento de regímenes privilegiados particulares y de prerrogativas o derechos originarios de entidades públicas que transfieren o traspasan –en este supuesto, la convocante de la funcionarización- acaban distorsionando el empleo público al perpetuarse de forma indefinida. De ahí que se haya postulado como solución más coherente y que mejor vela por el interés público que los nuevos funcionarios se integren en la función pública finalmente receptora de las competencias, aunque no sea la misma que convocó las plazas a funcionarizar, asumiéndose que tal solución puede tener beneficios e inconvenientes en cuanto al estatuto individualizado del trabajador funcionarizado, pero permite superar opciones individualistas “*particulares*” y “*egoístas*” (STSJ Navarra 9-5-1995) al hacer prevalecer el principio de eficacia y de supremacía del interés público general.

Para solventar esta circunstancia ciertamente compleja, no se ha promulgado ninguna norma legal en el ámbito estatal que clarifique la situación aunque sí existen unos acuerdos no publicados adoptados en 1998, que han sido asumidos por el texto de diversas convocatorias, que marca el régimen aplicable al caso y que pese a su nulo rango normativo³⁹⁷, permite atisbar algunos puntos de solución al problema que comentamos, según los siguientes criterios:

³⁹⁷ En concreto, estos acuerdos son fruto de unas jornadas convocadas por el Ministerio para las Administraciones Públicas en 1998, denominadas XXXII Jornadas de la Comisión de Coordinación de la Función Públicas. Las mencionadas XXXIII jornadas de la Comisión, celebradas en Villagarcía de Arousa en fecha 28 de mayo de 1998, dieron como resultado una decisión que se califica como “*Acuerdo por el que se adoptan diversas medidas en relación con el personal de la Administración General del Estado que, durante el proceso de transferencia, se encuentre participando en procesos de promoción interna, consolidación de empleo temporal o funcionarización*”. Nuestro parecer es que este Acuerdo no tiene mayor eficacia jurídica que la de ser unos meros criterios orientativos de aplicación interna para la Administración del Estado, sin eficacia frente a otros entes públicos, al no estar ni tan siquiera publicados formalmente y únicamente asumidos por algunas bases y convocatorias, como parte integrante de las mismas. Sin embargo, ello no impide que valoremos positivamente su carácter esclarecedor de la problemática que se origina en una situación de traspaso de competencias con trabajadores afectados por un proceso de funcionarización.

1º.- si el traspaso de efectivos humanos acontece a lo largo del proceso selectivo de funcionarización –esto es, entre su aprobación como tal y su finalización-, se reconoce el derecho del trabajador afectado a continuar participando en el mismo. Se evita con ello que la necesidad de que los requisitos exigidos al momento de presentación de la instancia, que deben mantenerse al momento de toma de posesión, impidan tal continuación, por cuanto, *strictu sensu*, tal trabajador ya no ostentará la condición de laboral fijo en la Administración convocante ni ya ocupará un puesto adscrito a funcionario en esa misma entidad.

2º.- aunque el proceso de funcionarización no se haya iniciado expresamente, pero el derecho a funcionarizarse se deriva de una decisión o norma previa, como sería el supuesto de que así lo adoptara un Plan de Empleo o un sistema de racionalización de recursos humanos, el trabajador afectado podrá igualmente participar en el momento en que se convoquen las plazas.

3º.- finalizado el proceso selectivo, los trabajadores fijos se integran no en la función pública originaria, sino en la función pública de la entidad receptora de las transferencias, por lo que será en ella en donde adquirirán la condición de funcionario de carrera, e integrándose en sus Cuerpos y Escalas³⁹⁸. Para ello, es preciso establecer –así lo hace el Acuerdo- que la Administración receptora queda vinculada por los resultados del proceso de funcionarización.

4º.- sin embargo, puede suceder que tal última previsión no sea oportuna jurídicamente. En concreto, puede darse una colisión entre esa funcionarización y la política de recursos humanos de la Administración a la cual se han transferido competencias. Sin embargo, el Acuerdo no resuelve el procedimiento de actuación ante esta circunstancia y de ahí que determinadas normas autonómicas hayan previsto el derecho incondicionado a proseguir con

³⁹⁸ Es la opción mayoritariamente acogida en los acuerdos de transferencias. *Vid.*, apartado G.2 del Real Decreto 373/1999 de 5 de marzo de traspaso de funciones y servicios del Instituto Social de la Marina a la Xunta de Galicia o R.D.846/1999 de 21 de mayo de traspaso de tales funciones y servicios del ISM a la Generalitat Valenciana.

el proceso de funcionarización en la Comunidad Autónoma de los que iniciaron el proceso en el ámbito estatal³⁹⁹.

5º.- en cualquier caso, se instituye la necesaria participación de las Comisiones mixtas de transferencias que estuvieran creadas, las cuales deberán relacionar en el Real Decreto que prevea el traspaso el personal afectado por tal proceso de funcionarización.

6º.- una vez concluida la funcionarización, debe procederse a actualizar el coste efectivo del traspaso –lo que acontece en el seno de la Comisión mixta-, muy especialmente cuando la funcionarización implique cambio del grupo de titulación y la modificación de los derechos retributivos que, de no haberse llevado a cabo el traspaso, hubieran supuesto para el Estado tal proceso.

7º.- Si nada impide la incorporación de los nuevos funcionarios, se prevé que el órgano competente –en el ámbito estatal, la Dirección General de la Función Pública- comunicará el resultado del proceso de funcionarización al órgano competente autonómico o local, para que este regularice la relación de servicios del personal afectado. Entendemos, en este caso, que los trabajadores aprobados tomarán posesión como funcionarios de carrera de la nueva Administración.

Si la incorporación como funcionarios de aquellos trabajadores afectados no es posible por que colisiona con la política de recursos humanos de la nueva Administración, nada se ha previsto en la normativa vigente: la solución, incorporada en algunas bases de convocatorias⁴⁰⁰, es que la Administración cedente procede a la toma de posesión como funcionarios de los trabajadores afectados, que se integran como funcionarios de carrera de aquella, y acto seguido, de forma simultánea, pasan a la situación de excedencia por incompatibilidad, al amparo del art.29.3.a de la LMRFP, al darse su transferencia a la Administración receptora.

³⁹⁹ DT 1ª de la LFP Comunidad Valenciana de 1994, según aquella primera normativa estatal; más recientemente, Decreto 137/1999 de 9 de junio.

⁴⁰⁰ Es el supuesto previsto en la funcionarización de la Escala técnica de gestión de OOAA del Ministerio de Sanidad y Consumo (BOE 30-12-1998).

8º.- Finalmente indicar que el personal transferido tiene garantizado en la mayoría de normas la posibilidad de funcionarización si en el futuro su puesto laboral es adscrito a funcionario, a pesar de que el ámbito temporal no se cumpla, pues en ese caso prevalece la fecha de transferencia⁴⁰¹ o respetándose el régimen selectivo de la Administración transferente si a la fecha de traspaso ya hubiera finalizado el plazo de finalización de presentación de instancias, aplicándose el derecho autonómico sobre procesos selectivos en los restantes supuestos⁴⁰². Sí que al respecto hemos de señalar que menores dificultades aplicativas de la norma hemos localizado cuando el traspaso de competencias acontece en el ámbito autonómico y local, entre aquel y este, o entre entes locales, en donde la mayor proximidad de las entidades afectadas y de los sujetos intervinientes parecen solventar con mayor agilidad normativa la dificultad que se deriva⁴⁰³.

Es evidente que la primera valoración que puede efectuarse a la regulación mencionada, en el ámbito estatal, es la ausencia de una norma jurídica que pueda considerarse como tal, habida cuenta la insustancialidad formal –aunque no de contenido- del Acuerdo de Villagarcía de Arousa de 1998. En este sentido, postulamos una regulación jurídica formalmente con rango de ley, con carácter general, tal como ha sucedido en otros muchos supuestos, especialmente en el traspaso o transferencia de servicios sanitarios.

⁴⁰¹ En este sentido, *vid.* la DT 12ª LFP Murcia. Más recientemente, la DA 3ª de la Ley 9/2003 de 23 de diciembre de medidas tributarias y administrativas de Galicia habilitan un turno especial de funcionarización para el personal laboral fijo docente en los Conservatorios de música, tomándose como fecha de referencia “*el momento en que fueron integrados en la red pública de la Comunidad Autónoma*”.

⁴⁰² Es el caso regulado por la DT única del Decreto 163/1998 de 15 de septiembre de funcionarización de Aragón y en el art.41 del Acuerdo firmado entre la Administración y los sindicatos aragoneses de 24-6-1996 (BOA 28-6-1996).

⁴⁰³ Uno de los supuestos más recientes acontece en las Islas Baleares, en donde la ley respectiva ha previsto que el trabajador en proceso de funcionarización mantendrá el derecho a continuar participando en el mismo y se instituye un compromiso *ex lege* para los consejos insulares receptores de asumir el cambio de régimen jurídico (DA 3ª.2 sobre mantenimiento de los derechos de los funcionarios transferidos según la Ley 16/2001 de 14 de diciembre de atribución de competencias a los consejos insulares de Baleares en materia de carreteras; en igual sentido, DA 8ª.1 de la Ley 14/2001 de 29 de octubre sobre atribución de competencias en servicios sociales y seguridad social).

En segundo lugar, acordamos con la doctrina⁴⁰⁴ y la jurisprudencia que cuando acontece un traspaso o transferencia de competencias, la mejor fórmula para establecer el régimen aplicable –y en nuestro supuesto, la afectación del proceso de funcionarización- debe canalizarse a través de la propia ley reguladora, evitando así las discusiones existentes, tanto al amparo de las Directivas Comunitarias europeas como del ET, del que es buen reflejo nuestra propia doctrina judicial, sobre la aplicación del instituto de la subrogación laboral en estos supuestos⁴⁰⁵. En la normativa legal y reglamentaria específica deben establecerse los efectos de dicho traspaso o transferencia en relación al personal afectado por un proceso de funcionarización en marcha, concluido o no, o que debe iniciarse en el futuro; nuestro criterio es que, recogiendo el criterio de la jurisprudencia laboral y extrapolada a un ámbito distinto como es el aquí estudiado, lo adecuado es que la normativa reguladora fije las necesarias cláusulas de garantía para respetar los derechos que el trabajador transferido o traspasado tenga reconocidos; pero es más, también debe garantizarse las expectativas legales o futuras sobre su funcionarización –que en principio, al amparo de la ley laboral y de la propia jurisprudencia, no se garantizan- salvo que, como bien señala el Acuerdo de 1998 mencionado, ello sea incompatible con la política de recursos humanos de la Administración receptora del traspaso o transferencia.

XIII.- PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACION Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA.

Hemos tenido ocasión de apuntar en otros capítulos aspectos del ámbito material de la negociación colectiva que afectan a la funcionarización. Corresponde aquí exponer las posibilidades y límites de la negociación en la función pública cuando, a través de ésta, se

⁴⁰⁴ MARTIN RAMÍREZ, María del Pilar: “*La sucesión empresarial en la Administración pública*”. AA núm.36, 2001, pág.1209.

⁴⁰⁵ Si bien referida al antiguo redactado del art.44 del ET, que fue modificado posteriormente por Ley 12/2001, las SSTs 3-5-1999 y 14-1-2000 entendieron que en el traspaso o transferencia de servicios no acontece subrogación, mientras que otros pronunciamientos (STS 15-12-1998) razonaron que “*la subrogación se produce en los supuestos en los que el nuevo empresario es un órgano de las Administraciones públicas, habiéndose declarado que al personal laboral transferido del Estado a una Comunidad Autónoma le es de aplicación el art.44 ET, por lo que tienen derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia, y que el hecho de ser sucesor un ente público no excluye la aplicación de dicho precepto...*”.

pretende normar el estricto proceso de selección en la funcionarización, por cuanto no se escapa al normal entendimiento del operador jurídico que será en esta cuestión, así como en la de las condiciones de trabajo de los nuevos funcionarios, en donde la representación de los trabajadores y funcionarios más querrá intervenir, máxime cuando en determinadas normas legales se establece una presunción expresa de que “*los procesos de funcionarización serán objeto de negociación con los sindicatos.*”⁴⁰⁶: la selección en la Administración Pública, y en concreto la funcionarización, no viene ya normada únicamente por leyes y reglamentos, sino que ha aparecido, conjuntamente a otros aspectos de la relación funcionarial, el que se ha venido a denominar “*invitado inesperado*” en el proceso legislativo: la acción de las organizaciones sindicales y profesionales⁴⁰⁷.

El marco jurídico que hemos de tomar en consideración es el derivado de la Ley 9/1987 de 12 de junio con la trascendental reforma sufrida a través de la Ley 7/1990 de 19 de julio. Esta regulación convencional no ha podido obviarse a lo largo de la presente tesis doctoral, pero con mayor intensidad donde se ha concretado es en las posibilidades que ofrece desde la perspectiva del proceso selectivo de funcionarización. Supone así la LORAP, especialmente tras su reforma de 1990, ser la ley señera que regula la negociación funcionarial y que, entre otras características a resaltar, tiene un origen formal y materialmente claramente negocial, en la que se introducen –reforma de 1990– importantes innovaciones de carácter cualitativo sobre todo en la distribución del contenido material de los arts.32 y 33⁴⁰⁸.

El art.32 LORAP establece el conjunto de materias que pueden ser objeto de negociación en cada ámbito y en función de las competencias atribuidas a cada Administración Pública. En lo que aquí interesa, nos centraremos en el apartado g) del art.32, en virtud del cual serán objeto de negociación los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios, centrándonos en el primero de los supuestos, desechando la referencia a la preparación y diseño de los planes de Oferta de Empleo Público que establece la letra c), habida cuenta la

⁴⁰⁶ DT 1ª de la LFP Comunidad Valenciana de 1994, reiterada en la DA 3ª del II Convenio Colectivo del personal laboral de la Generalitat valenciana (DOCV 12-6-1995).

⁴⁰⁷ FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel: “*Selección...*”, ob.cit., pág.174.

⁴⁰⁸ En este sentido, *Vid.* DEL REY GUANTER, Salvador: “*La nueva regulación...*”, ob.cit., págs 280-286.

exclusión de la funcionarización de tal Oferta, pero con la necesaria referencia también a la cláusula de cierre de la letra j) del art.32, según la cual también deben negociarse todas aquellas materias que afecten de algún modo, entre otras, al acceso a la función pública y cuya regulación exija norma con rango de ley.

Por otro lado, no son negociables, dado que no mediatizan propiamente la relación funcional, las decisiones administrativas que afecten a sus potestades de autoorganización (art.34), sin perjuicio de que las organizaciones sindicales puedan ser consultadas cuando aquellas repercutan directa o indirectamente sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Sin embargo, debe resaltarse que no porque una materia sea reconducible al art.34 de la LORAP, en cualquiera de sus apartados, y en el ámbito del proceso de selección por funcionarización, a los apartados g) y j), hemos de entender que la Administración queda vinculada, sin más, por lo pactado, pues debe tenerse presente que el resultado de la negociación no es otra cosa que un acto administrativo, en cuyo seno hay un contenido negociado, que es tanto como decir que la negociación acaecida previamente al proceso selectivo de funcionarización se ubica en el camino procedimental previo a la producción del acto administrativo.

En consecuencia, la validez y eficacia de lo que las partes convengan queda supeditado al requisito de que el contenido asumido por la Administración, fruto de tal negociación, se integre en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas el órgano del que emana el acto de aprobación⁴⁰⁹. Por ello, si la Administración que negocia no tiene competencias sobre la materia, por que le son ajenas a sus límites competenciales, sus acuerdos o pactos carecerán de validez, y de ahí que el propio art.32 de la LORAP señale que serán objeto de negociación todo un conjunto de cuestiones siempre “*en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública...*”. Supone ello que, en el ámbito de la funcionarización y más concretamente del proceso selectivo, cada orden administrativo estará

⁴⁰⁹ MANZANA LAGUARDA, Rafael: “*Derechos y deberes del funcionario público*”. Tirant lo blanch. Valencia, 1996, pág.274.

sujeto a mayores o menos restricciones en función de su capacidad de negociación y la sumisión al principio de legalidad, por lo que sólo podrá actuar en relación a aquellos aspectos o materias sobre las cuales tenga atribuido un título competencial al amparo de la ley y, por otro lado, si la materia a negociar está o no reservada a la ley, y dentro de ella, si una norma básica impide que otras normas –esta vez las autonómicas- puedan desvirtuar o contrariar su contenido.

Consecuentemente, en cuanto al específico proceso selectivo de funcionarización, en todo aquello que la CE reserva a la ley, esto es lo que afecte al principio de igualdad en el acceso a la función pública, no será posible que la negociación disponga de ella, y si se acuerdan aspectos al respecto, será el Gobierno central o los Consejos de Gobierno autonómicos los que deberán proponer proyectos de ley que asuman las modificaciones necesarias. Ello supone también la asunción de tres principios derivados del de legalidad, inexcusables en la materia que ahora tratamos:

- el respeto al principio de competencia, lo que implica que en cada Administración podrá negociar quien tenga competencia para ello y podrá hacerlo sobre lo que, siendo de su competencia, lo permita la ley.
- el respeto al principio de jerarquía normativa, garantizada por el art.9.3 de la CE y art.5.1. de la Ley 30/1992, lo que supone que la Administración no puede concluir Acuerdos o Pactos que vulneren disposiciones de rango superior, principio que niega, por ejemplo, que a través de un Acuerdo municipal o universitario pueda modificarse el procedimiento selectivo de funcionarización (oposición o concurso-oposición) previsto en la ley estatal o autonómica, para ser sustituido por el concurso o un curso de formación.
- finalmente, el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, previsto en el art.52.2 de la Ley 30/1992, que comporta que una resolución administrativa de carácter particular no puede vulnerar lo establecido en una disposición general, aunque aquella tenga igual o superior rango a éstas: supone ello que en la negociación

funcionarial no podrán regularse cuestiones de selección en la funcionarización que excluyan singularmente a uno o diversos empleados la aplicación de una norma de carácter general⁴¹⁰.

Sin embargo, debemos insistir, tal principio de reserva de ley, aunque limita la declaración general de negociación colectiva que efectúa la LORAP, no impide la misma: podrá ser desarrollada para modificar una ley previamente existente, si bien en este supuesto la entidad pública que negocie debe ser competente para llevar a cabo tal negociación⁴¹¹; en los restantes supuestos, la negociación colectiva tendrá un espacio de regulación “*reducido y preferentemente de detalle*” que se ceñirá, a juicio de la doctrina más solvente, a los resquicios que la ley deje a la potestad reglamentaria⁴¹².

Sin perjuicio de todo ello, debe resaltarse que el lugar adecuado de regulación de los procesos de funcionarización será en la negociación funcionarial, no en la laboral. Pese a que pueden localizarse convenios o acuerdos colectivos sujetos al Derecho del Trabajo que regulan algunos aspectos, estos vienen centrados generalmente en el establecimiento de procesos de formación para los trabajadores. Pero las cuestiones más sustantivas, y en especial, las que afectan a la selección, deben incardinarse en los Acuerdos y, si acaso, en los Pactos de condiciones de trabajo. Destacaremos al respecto que tanto la doctrina como la jurisprudencia entienden que hay una imposibilidad constitucional y legal de establecer, en una misma norma

⁴¹⁰ GÓMEZ CABALLERO, Pedro: “*Los derechos colectivos de los funcionarios*”. CES. Madrid, 1994, págs.310-313.

⁴¹¹ DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: “*Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos*”. RL, núm.7, 1997, pág.21.

⁴¹² En este sentido, coinciden tanto ROQUETA BUJ, Remedios: “*La negociación colectiva en la función pública*.” Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág.276 y DEL REY GUANTER, Salvador: “*Comentarios a la Ley de Órganos de representación, participación y determinación de las condiciones de trabajo*”.MAP, Madrid, 1988, pág.211. En un sentido aún más restringido pueden localizarse también opiniones, como la de MARTÍNEZ ABASCAL, para quien también la posible regulación vía reglamento implica “*paralelamente*” la reducción del campo de la negociación colectiva (MARTINEZ ABASCAL, Antonio: “*Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa*”, en AA.VV: “*Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*”. IAAP. Sevilla, 1990, pág.341.

colectiva, la regulación de las condiciones de trabajadores y funcionarios de una Administración, cuanto menos con la pretensión de una eficacia normativa general⁴¹³.

En este sentido, vale la pena recordar que las SSTC 57/1982 y 85/2001 establecen que el reconocimiento acogido en la CE de la libertad sindical de los funcionarios no supone, de forma necesaria, el derecho a una negociación colectiva cuyo fruto sean normas de carácter vinculante. Sin embargo, la STC 80/2000 de 27 de marzo, si bien insiste en que de tal derecho a la sindicación funcionarial no puede derivarse un derecho a la negociación colectiva, también afirma que si por ley se establece tal derecho a favor de las organizaciones sindicales, este se integrará en el denominado *contenido adicional* de la libertad sindical. Y también es preciso reseñar que, aunque no pacíficamente, la doctrina mayoritaria entiende hoy día que los Acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo, aprobados por el órgano de gobierno de la respectiva Administración, se constituyen en auténticos reglamentos, en los cuales la negociación supone un trámite especial obligatorio en cuanto a la elaboración de una disposición general con capacidad para determinar el contenido último de la norma jurídica reguladora de la selección y condiciones de trabajo de los funcionarios públicos⁴¹⁴, en un criterio también refrendado por la jurisprudencia contencioso-administrativa según la cual los acuerdos funcionariales se transforman en disposiciones generales, participando de la naturaleza propia de los reglamentos (SSTS 26-5-1997 y 14-4-2000), si bien debe matizarse – concordamos en ello con las posiciones doctrinales más recientes- de que tal Acuerdo de condiciones, negociado con las organizaciones sindicales y aprobado por la Administración, es una expresión de la potestad reglamentaria de la Administración, pero un simple reglamento: el origen y su culminación reside en la negociación, en un negocio jurídico convencional, de

⁴¹³ Vid., al respecto, a DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: “*Criterios jurisprudenciales...*”. ob.cit., pág.18 y siguientes. Los autores recuerdan en ese sentido la señera STS 29-6-1992 que estableció tal doctrina, seguida por otras muchas posteriormente, y la referencia del Tribunal Constitucional –que debe considerarse vigente en este aspecto, pese a que en el momento de dictarse no se había promulgado la LORAP- en el sentido de que “*de la legislación vigente no es posible racionalmente incluir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral...*” (STC 57/1983).

⁴¹⁴ Ya en un primer momento, DEL REY GUANTER, Salvador: “*Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*”. INAP. Madrid, 1986; más recientemente MAURI MAJÓS, Joan: “*Problemas de la representación sindical y negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado.*” DA núms.241-242, 1995, págs.259-261.

tal manera que pese a la incorporación del acuerdo al reglamento, tal *contrato colectivo* no se suprime, sino que su contenido se plasma en una norma administrativa que le otorga validez y eficacia jurídica, pero sin que ello implique una alteración de los elementos convencionales que componen el Acuerdo⁴¹⁵.

Todo ello nos permite establecer las siguientes pautas, en cuanto a las posibilidades, opciones y ámbito de negociación colectiva para articular procesos selectivos de funcionarización:

1º.- Como criterio general, jurídicamente es válida la negociación de bases para la funcionarización, que vinculen a la Administración en ese proceso selectivo, siempre respetando los principios de igualdad y mérito, en la medida que el proceso funcionarizador los implica, y respetando también la legalidad vigente tanto sobre procesos selectivos en general como de funcionarización en especial. Tal planteamiento ha sido calificado por la doctrina como “*posición de principio*”⁴¹⁶ que puede aceptar la Administración.

2º.- Sin embargo, también entendemos que hay que enmarcar los contornos de la negociación colectiva en la Administración y, por tanto, del proceso funcionarizador. Tal negociación tiene por objeto la determinación de condiciones de trabajo en sus aspectos estructurales, básicos y generales, pero ello no supone que deba extenderse tal negociación a la producción de los actos administrativos que cada órgano administrativo, en el ejercicio de sus competencias, pueda originar. Por ello, si las convocatorias selectivas para funcionarizar constituyen un acto administrativo de naturaleza plural, pero no una disposición general, asumen la naturaleza de acto de aplicación de la normativa jurídica reguladora del proceso de funcionarización, sometidas en consecuencia a tal ordenamiento por lo que la convocatoria está subordinada a tal ordenamiento no siendo posible su negociación colectiva.

3º.- Esta negociación, en la medida en que sea posible, debe tener muy presente que los principios de mérito y capacidad deben darse también, aunque se trate de un proceso

⁴¹⁵ MAURI MAJÓS, Joan y ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep: “*La ejecución de sentencias...*”, ob.cit., pág.873.

⁴¹⁶ MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.174.

funcionarizador de carácter restringido. En consecuencia, no sería factible un resultado negociador que tomara en consideración las condiciones personales o sociales de los trabajadores fijos o que desvirtuara o derogara el sistema previsto por la ley estatal o autonómica respecto de la preferencia por el concurso, la oposición o el concurso-oposición⁴¹⁷. En este supuesto, se da con claridad lo que la doctrina ha entendido como regulación de la función pública en términos de derecho necesario absoluto, desechando la posibilidad de una opción a favor del derecho necesario relativo⁴¹⁸. Sin embargo, retomando la doctrina sentada por la STC 60/1994, es factible que se acuerde exigir o establecer determinadas cualidades subjetivas o factores de diferenciación, en función del puesto adscrito de laboral a funcionario, o de las características que la ley prevé. De ahí que haya una cierta conformidad en señalar que la negociación colectiva, en suma, tendrá un espacio regulador reducido, más pequeño si cabe en la funcionarización, y que alcanzará en todo caso a aspectos de detalle, esto es, aquellas posibilidades (de “*resquicios*” habla la doctrina) que la ley conceda a la norma reglamentaria⁴¹⁹.

4º.- También entendemos, al amparo de las previsiones legales que regulan la selección cuya finalidad es funcionarizar al personal laboral, que las opciones de negociación se ven claramente limitadas también en los siguientes aspectos:

- a) en la composición y funcionamiento de los órganos de selección, si bien creemos que, al amparo de la legislación vigente, no es contrario a Derecho, aunque ya hemos planteado nuestras dudas sobre su oportunidad, que se acuerde la presencia de un representante de los funcionarios o trabajadores, que en todo caso deberán ostentar vínculo estatutario, no laboral.
- b) pese a que la norma general del art.19 de la LMRFP sólo exige que el acceso sea por concurso, oposición o concurso-oposición, la clara prescripción de la ley estatal y

⁴¹⁷ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: “*La negociación colectiva de los funcionarios públicos*”. Cedecs. Barcelona, 1996, pág.163.

⁴¹⁸ DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: “*Criterios...*”, ob.cit., pág.23.

⁴¹⁹ ROQUETA BUJ, Remedios: “*La negociación...*”, ob.cit., pág.276.

autonómica que regula la funcionarización, estableciendo el procedimiento concreto (en el ámbito estatal, el concurso-oposición), da como resultado que la negociación colectiva no puede tomar, como objeto de negociación, la elección del sistema de selección, si bien apostamos que en aquellos supuestos en donde la ley permite la opción, la negociación sí podrá abarcar este aspecto, siempre y cuando, insistimos, en que sea posible por previsión de la norma legal⁴²⁰.

5º.- En cambio, postulamos como factible que la negociación incida en la determinación de los programas y ejercicios concretos que hayan de superar los trabajadores aspirantes a funcionarios, aunque siempre con la necesaria subordinación a las previsiones legales y reglamentarias que al respecto hubiera, como es la necesidad de un contenido mínimo de temas, la existencia de pruebas teóricas o prácticas, si así la correspondiente norma lo prevé, o los límites porcentuales de ponderación de los méritos en la fase de concurso, o la previsión legal de periodos de prácticas o cursos de formación⁴²¹.

Aunque es evidente la limitación del objeto de negociación, existe aún así un ámbito en el que sí puede jugar la negociación colectiva, incidiendo en este caso en un aspecto muy sensible para el colectivo de trabajadores a funcionarizar, pero siempre teniendo en cuenta, tal como recuerda la jurisprudencia, que *“las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales (...) tal bloque legislativo sea identificado como plataforma de “mínimos”, sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido, y pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación...”* (STS 22-10-1993)

⁴²⁰ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *“La negociación...”*, ob.cit., pág.163.

⁴²¹ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana: *“La negociación...”*, ob.cit., pág.163.

6º.- el sin duda menor margen de actuación que la negociación colectiva puede ofrecer es en el ámbito de las Corporaciones locales y Universidades públicas, por cuanto su campo de negociación sobre el proceso selectivo de funcionarización está condicionado por el reparto de competencias normativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Las materias comprendidas en la esfera de competencia normativa del Estado deben negociarse en la Mesa General de la Administración estatal; las que sean competencia de las Comunidades Autónomas, en el seno de su Mesa respectiva. Sólo lo que entra en el poder normativo local o universitario puede ser negociado en las Mesas de negociación que se constituyan en cada entidad local o Universidad, y ello supone, en la práctica, que la función básica de la negociación colectiva local y universitaria, cuando trate del proceso selectivo de funcionarización, sólo podrá especificar y adecuar lo que la norma estatal o autonómica prevea en ese sentido.⁴²²

Implica lo dicho que aquellas materias que correspondan en su regulación al Estado o a las Comunidades Autónomas, quedarán fuera de la autonomía local o universitaria⁴²³, sin que, como ya hemos señalado, pueda funcionar tal bloque legislativo como plataforma de mínimos, siendo claro también que el principio de norma más favorable –que se configura como uno de los principios definidores y más característico del sistema de jerarquía de normas del derecho laboral- es inaplicable a las relaciones funcionariales⁴²⁴, sin que las Mesas de negociación

⁴²² Sobre esta función esencial de no “incrementar” y sólo de “especificar” y “adecuar” se manifiesta la doctrina, al plantear que los acuerdos y pactos en el ámbito local –y nosotros extendemos en el ámbito universitario- únicamente podrán desarrollar la ley, matizar, concretar, pero en ningún caso modificarla salvo que ello aquella lo autorice (DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: “*Criterios...*”, pág.23-24 y DEL SAZ CORDERO, Silvia: “*Contrato laboral...*”, ob.cit., pág.107), lo que en el ámbito selectivo de la funcionarización supone una gran restricción.

⁴²³ Vid., por todos, en este sentido, a ROQUETA BUJ, Remedios: “*La negociación colectiva de los funcionarios locales*”, en AA.VV: “*Tratado de Derecho Municipal. Tomo I*”, 2ª edición (director Santiago MUÑOZ MACHADO). Civitas, 2003. Madrid, págs.2503 y siguientes.

⁴²⁴ Al respecto, debe destacarse que acontece a menudo un equívoco entre el principio de norma más favorable y el principio de condición más beneficiosa. A los efectos de lo que aquí planteamos, aquel primer principio se inserta en el plano de las fuentes del derecho y en este sentido, doctrina y jurisprudencia acuerdan que las normas estatales y autonómicas sobre funcionarios –y, por extensión en este caso, sobre selección en los procesos de funcionarización- no pueden ser entendidas como normas mínimas, sobre las que construir, en la negociación colectiva, un edificio diferenciador. Tal no aplicación del principio de norma más favorable se deriva del principio de legalidad (DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel: “*Criterios...*”, ob. cit, pág.23.

locales y universitarias puedan disponer sobre aspectos en sentido contrario o distinto a la norma estatal o autonómica, ni tampoco su mejora, pues en este caso será nulo el Acuerdo o Pacto que en ese aspecto haya incurrido (SSTS 10-2-1997). Ello permite afirmar que el poder negocial en el ámbito local es residual, pues sólo puede alcanzar allí donde no ha llegado el poder normativo del Estado o de la Comunidad Autónoma⁴²⁵, reflexión que extendemos también al ámbito universitario.

Por ello, nos parece adecuado, aplicado al supuesto en concreto aquí tratado, que pudiera plantearse la fórmula ya postulada desde la doctrina teórica, de Mesas *interadministraciones* que acojan a la Administración estatal, autonómica y local, pero que a nuestro juicio ampliaríamos al ámbito universitario, habida cuenta la intensidad y número de los procesos de funcionarización llevados a cabo y en trámite, o también otras Mesas más limitadas, cuando la competencia es autonómica, instituyendo una Mesa *autonómico-local-universitaria*. Un referente al respecto fue el decaído Anteproyecto Básico de Función Pública de 1998, que instituía una *Mesa General de negociación de todas las Administraciones Públicas*, a la cual se reservaba determinados temas básicos y también temas de carácter general relacionados con sectores específicos de la función pública, en el cual hubiera tenido plena cabida el proceso selectivo de funcionarización⁴²⁶. Estas Mesas, al tratar los procesos de funcionarización, permitirían la participación de los sindicatos representativos y más representativos en el conjunto de las Administraciones que intervinieran en la negociación conjunta y supondría, para los representantes de las Corporaciones locales y de las Universidades, la posibilidad de coadyuvar a la determinación de los aspectos del proceso selectivo de funcionarización que, en muchos casos, se trasladan luego a proyectos de ley impulsados por el gobierno estatal y, fundamentalmente, autonómico.

⁴²⁵ ROQUETA BUJ, Remedios: “*La negociación...*”, ob.cit., pág.2505.

⁴²⁶ El parecer del Consejo de Estado ante tal posibilidad, según el Dictamen emitido ante el Anteproyecto de EBFP fue que era un sistema que introducía “*la ventaja innegable de establecer interlocutores aptos y plurales en relación a materias de trascendencia general*”.

No es oportuno finalizar este apartado dedicado al papel de la negociación colectiva en la configuración del proceso selectivo de funcionarización, sin efectuar una aproximación a cómo se ha plasmado aquella en las normas convencionales consultadas.

Del análisis de los textos convencionales a los que hemos tenido acceso, especialmente en el ámbito estatal y autonómico, así como de Planes de Empleo u otros sistemas de racionalización de los recursos humanos fruto de la negociación entre la Administración y las organizaciones sindicales, puede desprenderse que, por lo general, la negociación colectiva, en cuanto al proceso selectivo de funcionarización ha abarcado, antes del inicio del mismo, fundamentalmente el tratamiento de las bases de las convocatorias.

La participación sindical en la elaboración de las bases ha sido incluida - por parte de algunos pronunciamientos judiciales⁴²⁷ - en el derecho reconocido en el art.32.g de la LORAP donde prevé la negociación de los sistemas de ingreso, pero nuestro criterio, tanto en el supuesto de los procesos de acceso libre, pero muy especialmente –dada la problemática que subyace- en la funcionarización, es que ello no es deducible de manera expresa de la literalidad de la LORAP. Esta ley se refiere a la participación, y no a la negociación de las organizaciones sindicales; la negociación no se refiere a las bases concretas de cada convocatoria, sino a los sistemas de ingreso, esto es, a las actuaciones generales o líneas básicas de comportamiento de la Administración convocante, pero no a una negociación de las bases de todos y cada uno de los procesos de funcionarización, que podría implicar una clara paralización del proceso funcionarizador y de los intereses públicos.

Al respecto, insistimos que en este supuesto, la ley, a diferencia del proceso de acceso por turno libre, es mucho más restrictiva, al fijar ella cuál es el sistema de ingreso en el proceso de funcionarización, salvo alguna excepción en el ámbito autonómico, como sería el caso de Cataluña, en donde es posible valorar el expediente administrativo (y por tanto, optar por el concurso-oposición) o no hacerlo (en este supuesto, la opción sería la oposición), a diferencia de la Administración del Estado, que al amparo de la DT 15ª LMRFP forzosamente debe

⁴²⁷ En este sentido, *vid.* STSJ Castilla-La Mancha de 20-5-2000.

optarse por el concurso-oposición. Por consiguiente, como señala la STSJ Cataluña 29-6-2001, el ámbito de negociación, aplicado a nuestro supuesto será el de la adopción de decisiones generales y líneas básicas de actuación de la Administración, que se concreta en esta materia en la negociación del sistema de ingreso, habida cuenta la doble opción que permite la ley autonómica catalana, pero sin que la Administración quede vinculada a las propuestas de modificación y mejora que se formulen en cuanto a las bases de las convocatorias específicas de funcionarización.

La doctrina ha señalado que el actual sistema de negociación colectiva en cuanto al procedimiento selectivo de acceso por turno libre y promoción interna está intensamente orientado e intervenido en beneficio del personal que ya presta servicios en la Administración. Esta opción, que se califica como “*formalmente correcta*”, pero escasamente respetuosa con el principio de igualdad y mérito⁴²⁸, se da con mucha más intensidad en el proceso de funcionarización, en donde la tensión de la negociación colectiva se centra, básicamente, en limitar o incluso anular la realización de pruebas teórico-prácticas y la apuesta por fórmulas alternativas, de dudosa legalidad, como son los cursos formativos-selectivos, a ser posible sin prueba final valorativa. En cuanto al sistema de selección, en la funcionarización entendemos que la definición clara y expresa de la ley impide articular una negociación colectiva plena sobre el mismo, a diferencia de lo que acontece en los sistemas de acceso libre y promoción interna, máxime ante la inexistencia –como ya hemos señalado– de un principio de libre elección del sistema selectivo, que se refuerza en la funcionarización al establecer la mayoría de las leyes una opción expresa a favor del concurso-oposición⁴²⁹. A nuestro juicio, pues, si con carácter general la dicción del art.32.g de la LORAP aparenta un espacio mucho más amplio que el que constitucionalmente en realidad resulta a favor de la negociación colectiva, más restringido será el mismo en la negociación de la selección por funcionarización, que

⁴²⁸ MAURI MAJÓS, Joan: “*Problemas ...*”, ob.cit., pág.244.

⁴²⁹ E incluso para los sistemas de acceso libre, la jurisdicción ha entendido que la negociación colectiva está limitada en este aspecto, de tal manera que un Acuerdo o Convenio que modifique la fórmula de acceso por funcionarización que prevea la ley o el reglamento deberá reputarse, en ese punto, contrario a Derecho (STS 29-2-2000).

únicamente podrá entrar en aspectos de detalle, por cuanto el protagonismo esencial, en base a la dispuesto en nuestra Constitución, pertenece a la ley⁴³⁰.

Como ya hemos señalado, la negociación colectiva recoge unos lugares comunes que las partes negociadoras han asumido por la vía convencional, y que completan los aspectos ya señalados con anterioridad. Son, básicamente, los siguientes:

- declaraciones genéricas o de *buenas intenciones* sobre la negociación del proceso selectivo, en cuanto a la *forma* y a las *condiciones*, sus *criterios básicos*, etc..⁴³¹, asumiendo la Administración el compromiso de proponer, si así es preciso, las reformas legislativas o efectuar las modificaciones reglamentarias necesarias⁴³².

- una conformidad común en dar soporte, ayuda y financiación de las acciones formativas encaminadas a la funcionarización y a que los posibles candidatos puedan superar la fase de oposición. Este proceso formativo se canaliza a través de acciones formativas presenciales o por los sistemas de tutoría o apoyo a distancia en el caso de la Administración estatal, pero también asumiendo ésta la elaboración y distribución de los temarios de los candidatos⁴³³, subvencionando incluso las actividades sindicales de preparación de los aspirantes para la obtención de la titulación académica necesaria⁴³⁴.

- el contenido de los temarios y programas, en donde se comprueba una evidente tensión entre aquellos mínimos que exige la ley con carácter general y las exigencias de la representación de

⁴³⁰ DEL REY GUANTER, Salvador: “*Comentarios...*”, ob.cit., pág.211.

⁴³¹ *Vid.*, en este sentido, la parte segunda, punto B del Acuerdo entre la Administración y los sindicatos de 13 de enero de 2000 (Resolución de la DGT 24-2-2000, DOCM 10-3-2000).

⁴³² Ello generalmente acontece cuando es preciso crear determinados nuevos Cuerpos y Escalas funcionariales, o dar soporte legal a las particularidades paccionadas entre el poder público y los sindicatos. *Vid.* Capítulo XIII del Acuerdo sobre condiciones de trabajo de la Comunidad de Castilla La Mancha firmado por Administración y sindicatos, aprobado por Orden de 28-12-1995, DOCM 29-12-1995.

⁴³³ Pacto segundo del Acuerdo Administración estatal-sindicatos de 22 de julio de 1997 (anexo segundo).

⁴³⁴ Capítulo II, apartado 2.c del Acuerdo entre la Administración y los sindicatos de la Región de Murcia (Resolución de 17-11-1994, BORM 25-11-1994).

los empleados, siempre tendentes a reducir, minimizar o incluso suprimir cualquier tipo de prueba teórica o práctica.

- compromisos de negociación de la ordenación del proceso y el calendario de celebración de las pruebas⁴³⁵, fundamentalmente para que los aspirantes puedan llevar a cabo una mejor o suficiente preparación de las pruebas selectivas, o la puesta en marcha de estudios y propuestas para posibilitar el proceso de funcionarización⁴³⁶.

- derivación a los Planes de Empleo, dado su carácter de elementos de planificación integral de los recursos humanos, como fórmula para perfilar las oportunidades de los candidatos que opten a la funcionarización.

- se acredita por parte de los negociadores, en especial los sindicatos, una cierta tendencia a que los procesos de funcionarización sean simultáneos en la medida de lo posible para los diferentes Cuerpos y Escalas. Esta decisión es legítima desde el punto de vista jurídico cuando su finalidad es otorgar simultaneidad práctica al desarrollo del proceso, pero no cuando quiebra la adscripción de cada puesto a un Cuerpo o Escala y se deduce la posibilidad de que cada aspirante opte a dos Cuerpos o Escalas, esto es, a los que con carácter múltiple ha sido adscrito su puesto, como ya hemos tenido ocasión de analizar.

⁴³⁵ El Acuerdo Administración de Justicia-Sindicatos para 1995-1997 remite tal discusión al seno de la Mesa de Retribuciones y Empleo (capítulo XX, punto tercero).

⁴³⁶ *Vid.* DA 5ª del CC del personal laboral de la Comunidad de Murcia (acuerdo, sin fecha, de 1993, publicado en BORM 16-9-1993).

CAPÍTULO QUINTO

EL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN (IV): EL SINGULAR MODELO DE LA COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA Y SU ENCAJE EN EL MARCO CONSTITUCIONAL.

I.- INTRODUCCIÓN: LAS RAZONES DE LA PARTICULARIDAD EN LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL DE NAVARRA.

A lo largo del estudio que llevamos a cabo sobre la funcionarización, hemos planteado, ya en diversas ocasiones, aspectos muy específicos de tal proceso en Navarra. Podría señalarse, sin incurrir en ningún exceso teórico, que la función pública española guarda un equilibrio y homogeneidad acentuado a lo largo de todo el territorio nacional, excepción hecha de la Comunidad Foral de Navarra.

Navarra goza de un régimen foral que abarca una multiplicidad de aspectos que la distinguen, jurídicamente, del resto de España. También el País Vasco goza de especificidad en este aspecto. Sin embargo, las dos grandes diferencias –desde nuestra perspectiva-, es que en el ámbito de la función pública, Navarra –no así el País Vasco- constituye un sistema peculiar y específico, fruto de una competencia que debe calificarse como histórica; en segundo lugar, la Comunidad Foral la ha ejercido de forma efectiva en ese ámbito del empleo público. La función pública navarra constituye, así, un modelo propio, singular, hasta el punto de haber sido calificada como de “*notable disimilitud*” con la función pública estatal y de las restantes Comunidades Autónomas, lo que implica la existencia de notables y significativas divergencias entre aquella y éstas¹. Esta colisión afecta tanto a cuestiones ordinarias como a aquellas que según la Constitución y las leyes son consideradas básicas, de aplicación general y necesaria en todo el territorio español.

Debe señalarse, en este sentido, que Navarra ha llevado a cabo también un proceso de funcionarización, aunque no así denominado, sino de *integración*, con idénticos resultados e igual carácter. Sin embargo, el modelo seguido, aunque no ajeno completamente en sus nociones básicas a la del Estado y restantes dieciséis Comunidades Autónomas, ha adquirido en algunos aspectos muy concretos, una particularidad y una divergencia muy acentuada. La razón última misma de la funcionarización como tal aparece diluida, aparentemente no consagrada por la doctrina sentada por la STC 99/1987, sino, al contrario,

¹ RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín María: “*La función pública foral. Capítulo XIV*”, en PÉREZ CALVO, Alberto y RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a: “*Manual de Derecho Público de Navarra*”.INAP-Gobierno de Navarra-Universidad Pública de Navarra. Pamplona, 2000, pág.271.

como fruto de una estricta decisión política, ajena al régimen estatutario general emanado de la CE. Donde con mayor certeza la disimilitud o divergencia se da es en el proceso selectivo de funcionarización o, mejor dicho –adelantamos-, en la pura y simple ausencia del mismo, para a partir de ahí, como origen, pero también en ocasiones, como resultado, configurar un modelo tan propio y singular, y dudosamente constitucional, que nos es de dificultosa integración en el análisis general. La funcionarización, en Navarra, a través de un conjunto de Leyes Forales (LF) y normas reglamentarias –Decretos Forales (DF)- supone la integración, no necesariamente voluntaria, del trabajador en la nueva condición de funcionario ya sea *ex lege* –supuesto minoritario- o a través de la única manifestación de voluntad escrita –criterio general-.

Hemos entendido, por ello, y dado que sobre la función pública navarra no hay estudios extensos, desarrollar con cierto detalle la funcionarización en esa Comunidad Foral, como Capítulo específico relativo al proceso selectivo de funcionarización; ello nos permitirá tener una visión más completa para situar la función pública navarra en el esquema del empleo público español, incidiendo también sobre algunas de las particularidades que afectan al proceso de funcionarización que sistemáticamente debieran aparecer en otros capítulos y, finalmente, plantaremos el modelo selectivo empleado en la Comunidad Foral para funcionarizar a sus trabajadores, su engarce con el modelo específico de función pública y su hipotética inconstitucionalidad. Aunque el aspecto selectivo es el que adopta mayor enjundia jurídica, hemos valorado como más sistemático dedicar un capítulo específico a Navarra, desde la perspectiva de una especificidad ciertamente significativa y valorar con claridad la adecuación o no a la CE de su funcionarización que, avanzamos, no se ha planteado en ningún momento por la doctrina navarra más solvente, que ha asumido esa adecuación sin mayor problema, criterio que –como tendremos ocasión de desarrollar- no compartimos en absoluto.

Puede cuestionarse si la Comunidad Foral merece, dado el volumen de empleados afectados² sobre el cómputo general de los trabajadores funcionarizados, un apartado

² En la Comunidad Foral de Navarra prestan servicios un total de 29.345 funcionarios y trabajadores. Si no se computan los empleados dependientes de la Administración del Estado (aprox. 4600), las plantillas forales y locales suponen, según datos del Registro Central de personal a 1 de enero de 2003, un total de 20.329

específico. Nuestra respuesta es decididamente afirmativa, espoleados quizá por una de las características del estudio del empleo público navarro, cual es su desconocimiento más allá de la propia Comunidad Foral, situación que ha sido calificado como “*desconocimiento(...) proverbial fuera de sus lindes*”, que ha permitido una clara “*manipulación política extrema*” desde dentro de la propia Navarra³.

Nos parece, ciertamente, que las singularidades estudiadas, algunas con un carácter ciertamente destacable, permitían este excurso a la funcionarización en Navarra como especificidad, evitando la sistemática –que quizá hubiera sido más coherente en términos generales, pero que hubiera desarticulado la visión de conjunto del proceso de funcionarización de la foralidad navarra- de referirnos a cada supuesto específico en cada capítulo y apartado concreto a lo largo de esta tesis, como así hemos efectuado con las restantes dieciséis Comunidades Autónomas, incluida la vasca, y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

II.- EL SISTEMA NAVARRO DE FUNCIÓN PÚBLICA. MARCO NORMATIVO.

Antes de proceder a señalar el marco normativo de la función pública, se hace preciso situar el régimen foral navarro y de función pública desde su perspectiva específica. Sin adentrarnos en el derecho histórico –si bien en algún momento deberemos recurrir a él, incluso en el ámbito de la función pública- hay que señalar que la DA 1ª de la CE establece que la Carta Magna “*ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía*”.

empleados dependientes de la Comunidad, 3.787 de las corporaciones locales y 616 de las Universidades públicas. Téngase en cuenta que, por ejemplo, sólo los entes locales de la provincia de Sevilla suponen 23.283 empleados, lo que implica que la significación de la función pública navarra se deriva de su singularidad y no del volumen de trabajadores y funcionarios afectados.

³ En este sentido ya se expresaba en 1988 el Prof. LOPERENA ROTA, Demetrio, en “*Autonomía foral y competencias sobre Administración municipal en Navarra*”. REALA, núm.240, 1988, pág.1651.

Esta DA ha servido para que Navarra actualizara su derecho foral histórico, calificado como acervo foral –esto es, el régimen foral que el territorio navarro gozaba ya antes de la entrada en vigor de la CE-, actualización que la propia doctrina navarra califica como completa, exclusiva e incluso inteligente⁴. Esta actualización fue llevada a cabo por la vigente Ley Orgánica 13/1982 de 10 de agosto de reintegración y mejoramiento del régimen foral de Navarra (LORAFNA), coloquial y jurídicamente también denominada “*mejoramiento del Fuero*” o simplemente “*mejoramiento*” y calificada como herramienta de fortalecimiento del “*tenaz foralismo navarro*” y “*el fruto más granado de la Disposición Adicional*” primera de la CE⁵. Téngase en cuenta que la LORAFNA no es una ley orgánica cualquiera: es un Estatuto de Autonomía⁶, por cuanto tiene su forma jurídica (STC 16/1984 de 16 de febrero, FJ 3º), calificado como Estatuto paccionado, que hace suyo y actualiza el régimen foral navarro preexistente, por lo que permite calificarlo, en todo caso, de Estatuto de Autonomía singular, que responde a un equilibrio entre las tesis foralistas y las que lo consideran únicamente como un Estatuto de Autonomía más, tesis esta última muy reductiva y que nos permite acoger la primera posición, habida cuenta que la DA 1ª de la CE no sólo prevé un cauce peculiar de acceso a la autonomía sino que también reconoce y ampara el derecho foral histórico de Navarra⁷. Y debe insistirse –por lo que luego importará a los efectos de la funcionarización- que, pese a los planteamientos hechos desde la misma Navarra –en concreto, su Parlamento, que defendía el carácter de no Comunidad Autónoma ni tan siquiera analógicamente-, ésta es, según la citada STC una Comunidad autónoma, sujeto a los preceptos constitucionales que regulan el proceso autonómico.

⁴ PÉREZ CALVO, Alberto: “*El marco constitucional de la autonomía foral de Navarra. Capítulo II*”, en “*Manual de Derecho...*”, ob.cit., pág.41.

⁵ DEL BURGO, Jaime Ignacio. Conferencia pronunciada en la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo el 19-8-1988, publicada en REDA, núm.61, 1989.

⁶ Tesis no siempre aceptada por la doctrina foralista navarra. Así, DEL BURGO critica tal posición y la asumida por la STC 16/1984 en este sentido y acogida por los constitucionalistas como Francisco TOMAS y VALIENTE y Santiago MUÑOZ MACHADO; así lo resaltó, en su intervención ante la UIMP, al afirmar que “*Navarra constituye una Comunidad Foral, no se constituye en Comunidad Autónoma*” (pág.39, REDA).

⁷ GARCÍA MANZANO, Pablo: “*Navarra en el contexto autonómico: el futuro del Estado de las autonomías*”. Cuarta ponencia, en AA.VV: “*Presente y futuro del régimen foral de Navarra*” (jornadas conmemorativas del XX aniversario del Mejoramiento del Fuero). Aranzadi. Navarra, 2003, pág.167.

La función pública navarra está regida por un complejo entramado de normas que forman, ciertamente, un código completo, como ha señalado la propia doctrina navarra. Este marco normativo tiene una voluntad de total normación, sin remisiones a la legislación estatal. Este rasgo, junto al señalado anteriormente en cuanto a las diferencias con aquella última legislación es lo que ha venido a calificarse como la auténtica singularidad del régimen foral de función pública navarra⁸, y se ha afirmado que, ausente de una auténtica preocupación por parte de la doctrina teórica o de una cobertura legal más o menos específica, se ha aceptado pacíficamente que en el derecho histórico foral se incluía la normativa funcionarial, sin intervención alguna del Estado, con alguna pequeña excepción⁹.

La LORAFNA atribuye a Navarra la competencia exclusiva sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad, respetando los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado pueda reconocer a los funcionarios públicos (art.49.1.b).

En cuanto a la norma señera que rige la función pública navarra, debemos hacer referencia a los dos textos que han sido esenciales en este terreno: la primera ley de función pública (Ley Foral 13/1983 de 30 de marzo del Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra), calificada como un hito normativo trascendental en el ámbito público de la Comunidad, por lo que supuso de intento racionalizador y ordenador de su función pública y por ser resultado de un estudio sobre los recursos humanos públicos y fruto también de una ya incipiente negociación colectiva¹⁰; la ley de 1983 se vio afectada por múltiples modificaciones posteriores y ello dio pie a la norma actualmente vigente, el texto refundido aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993 de 30 de agosto (EPAN), también objeto de posteriores y constantes reformas.

⁸ RAZQUÍN LIZARRAGA, Martín M^a: “*La función...*” ob.cit., pág.271.

⁹ Dado que tal capacidad histórica ha afectado al nombramiento, sanción, destitución, retribuciones y un largo etcétera, desde la doctrina se afirma que tan sólo la participación del Estado se ha limitado, tradicionalmente, a la exigencia de unos determinados niveles mínimos de titulación para el acceso al empleo público. Al respecto, CASTELLS ARTECHE, José Manuel: “*Proceso de...*”, ob.cit., pág.226.

¹⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín Maria: “*El sistema estatutario del personal de las Administraciones públicas de Navarra*”, RJN núm.27, 1999, pág.58.

A partir de aquí, corresponde establecer cuales son los principios básicos de la función pública navarra, para ubicar posteriormente el régimen de funcionarización.

En primer lugar, la competencia sobre su función pública puede calificarse como foral o histórica. Se basa en el derecho histórico navarro, inserto en un régimen de autogobierno extraordinariamente importante en el ámbito de la función pública y basado, según la doctrina, en la Ley paccionada de 1841¹¹. De ahí que la doctrina entienda que tras la CE, la competencia foral sobre régimen estatutario de los funcionarios públicos excede ampliamente del régimen de competencias que la CE atribuye a las Comunidades Autónomas. Según este planteamiento, el límite al ejercicio de competencia no radica en Título VIII, sino en la DA 1ª de la CE. De ahí que la primera ley de función pública navarra sea de 1983, anterior a la LMRFP de 1984, normas que en muchas de sus regulaciones eran antitéticas.

En segundo término –y ello es clave para el proceso funcionarizador- tal régimen singular producía –produce- una colisión entre normas estatales declaradas básicas y la regulación especial de Navarra. Aquí nació un debate, no finalizado pero cuanto menos encauzado: la doctrina navarra defendió que el bloque de constitucionalidad, desde la perspectiva de la Comunidad Foral, eran la CE –y muy especialmente la DA 1ª- y la LORAFNA. Tal postulado suponía que respetando un único principio, el de la unidad constitucional, Navarra podía legislar sin tener como límites aquello que el art.149.1 de la CE califica como normas básicas. Para las tesis estatualistas, la LORAFNA no podía ir más allá de la citada legislación básica del Estado y, para el caso de los funcionarios, Navarra no gozaba de una competencia que le permitiera rebasar el art.149.1.18 de la CE.

La doctrina constitucional fue sentada en la STC 140/1990 de 20 de septiembre, precisamente en torno a los límites de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. El Tribunal Constitucional le reconoció a Navarra un régimen específico –lo que ha permitido a la doctrina calificar, como hemos señalado, a la LORAFNA como Estatuto

¹¹ DEL BURGO, Jaime Ignacio, ob.cit., pág.35.

de Autonomía singular- y, en cuanto a la función pública, planteó las siguientes conclusiones:

- el derecho histórico de Navarra no puede considerarse como un marco garantizado de forma global y genérica. Supone, en realidad, un plus de competencias a favor de la Comunidad. Ello implica que Navarra se diferencia, competencialmente de forma notable, del resto de Comunidades Autónomas.

- tal derecho histórico debe ser estudiado desde una perspectiva dinámica. En concreto, el derecho foral sobre una determinada materia implica reconocer a Navarra una competencia según el contenido de esa materia que pueda haber ido teniendo a lo largo de la historia..

- en el ámbito de la función pública, Navarra puede legislar y normar con una doble límite: la unidad constitucional y los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios. Ello permite considerar como no límite la normativa básica estatal y, en consecuencia, que hayan divergencias entre ésta última y la legislación de Navarra de empleo público, pero ello es consecuencia de que la competencia exclusiva que se atribuye a la Comunidad tiene un *plus* en relación las restantes Comunidades Autónomas¹².

III.- FUNCIONARIOS Y PERSONAL LABORAL EN EL EMPLEO PÚBLICO NAVARRO. LA FUNCIONARIZACIÓN EN LA COMUNIDAD FORAL.

Si en la primera parte (capítulo segundo) de esta tesis, establecimos que la STC 99/1987 definió el régimen de puestos de trabajo de la función pública, atribuyendo con carácter general a los funcionarios la mayoría de esos puestos, debiendo ser la ley específica la que autorizara el recurso a la contratación laboral para puestos o áreas específicas, el EPAN no establece en modo alguno ninguna tendencia al respecto.

Existe, pues, según la doctrina, una libertad en Navarra para definir qué puestos corresponden a trabajadores y funcionarios, de tal forma que para deducir la clasificación

¹² En este sentido, GARCÍA MANZANO, Pablo: “Navarra en el contexto...”, ob.cit. pág.179.

hecha en cada una de las Administraciones debe recurrirse a su plantilla orgánica. No obstante, el EPAN parece efectuar una aproximación favorable al régimen funcionarial en su art.94, al señalar que el régimen laboral de contratación sólo podrá emplearse “*para la prestación de aquellos servicios que no sean propios de sus respectivos funcionarios o de su personal eventual*”¹³. Aunque para la doctrina navarra tal precepto no resuelve la distinción, al no existir ninguna norma legal que determine que puestos o servicios corresponden a funcionarios¹⁴, a nuestro juicio el EPAN sí permite deducir un principio parejo al que se deduce de la CE: que la generalidad de puestos de trabajo en Navarra deben ser cubiertos por funcionarios públicos, cuanto menos porque la redacción del art.94 concede al personal laboral una condición subsidiaria. En todo caso, el *totum revolutum* del empleo público navarro es bastante intenso, porque más allá de que el régimen funcionarial y laboral prácticamente se ha unificado por vía de la negociación colectiva, la movilidad del personal, el régimen de traslados e incluso la promoción o los turnos restringidos son de acceso tanto para uno como para otros empleados, de tal forma que no es la función o el puesto lo que determina el régimen jurídico, sino el vínculo que ostenta individualmente cada empleado el que mediatiza el puesto o función. Evidentemente, esta total flexibilidad choca con otros de los principios básicos del régimen estatal y autonómico español.

Sin embargo, el *iter* histórico del empleo público de Navarra guarda ciertas similitudes con el del resto de España en cuanto a la dinámica laboralizadora y funcionarizadora¹⁵ y a ello no ha sido ajeno un mal –a nuestro juicio- en que ha incurrido la función pública navarra, definido como “*existencia de diversos regímenes estatutarios*” y que se ha concretado en la existencia de un Estatuto General, el EPAN, un Estatuto del personal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, el Estatuto del Personal docente no universitario, el Estatuto de la

¹³ Precepto textualmente coincidente con el art.93 de el Estatuto de Personal de 1983 (ley foral 13/1983).

¹⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a: “*La función...*”, ob.cit., pág.279.

¹⁵ Discrepamos por ello de la tesis mantenida por GARCÍA MANZANO (“*Navarra en el contexto...*”, ob.cit. pág.180), en virtud de la cual una de las características del sistema navarro de función pública es una tendencia contraria a la estatal: la funcionarización del personal. A lo largo de este trabajo hemos podido acreditar que, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional, la funcionarización es también la opción estatal, sin perjuicio de las situaciones de huida del derecho administrativo que efectivamente puedan darse en el sector público.

Policía Local y un relativo Estatuto del personal de la función pública local, a la que si bien en principio es de aplicación en EPAN, viene muy singularizado a través de la Ley foral de Administración local de 1990 que aún no apartándose del marco general, determina numerosas especificidades¹⁶.

El primer marco debe situarse en el personal sanitario. Tradicionalmente, el régimen jurídico del personal sanitario –y no sanitario- de la Diputación Foral de Navarra era el funcionarial. Sin embargo, tal “*tradición*” se quebró a través del Acuerdo de la propia Diputación Foral de 16 de diciembre de 1982 –antes pues que la propia tendencia laborizadora instituida por la LMRFP de 1984-. La legislación navarra optó así por el régimen laboral, atribuyendo los puestos de nueva creación del Servicio Navarro de la Salud así como las vacantes, a personal laboral; éste suponía, en consecuencia, la fórmula jurídica predominante, si bien el enigmático art.1 *in fine* de la LF 8/1986 de 1 de julio exceptuaba a aquellos puestos “*que por la naturaleza de sus funciones sean reservados a personal funcionario*”, sin que en ningún momento se clarificara una expresión jurídica tan indeterminada, pero que los autores navarros consideraron que profundizaba en la vía laboral¹⁷. La laborización, además, aportó cierto tinte de obligatoriedad, por cuanto en la EM de la referida LF instituía una absoluta inamovilidad en el puesto de trabajo a la entrada en vigor de la misma para todos los funcionarios, por cuanto si deseaban concursar a cualquier otra plaza distinta, debía “*renunciar*” a su condición funcionarial, excepción hecha de los facultativos médicos, a los que se les permitía un *tertium genus* de mantenimiento de la condición funcionarial pero ocupando puesto, obtenido en convocatoria pública por oposición o concurso-oposición libre para plaza laboral (art.3.1).

Este criterio fue cambiando posteriormente, a través de una fórmula calificada como de zigzagueante, consistente en laborizar, posteriormente asimilar jurídica y retributivamente a laborales y funcionarios y luego integrar a aquellos trabajadores en el régimen

¹⁶ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: “*El sistema estatutario...*”, ob.cit., pág.62.

¹⁷ Vid., al respecto, a ALLI FERNÁNDEZ, José Luis y CIRIZA ARÍZTEGUI, Luis: “*El proceso de funcionarización del personal sanitario en la Comunidad Foral de Navarra*”. Revista Derecho y Salud. Volumen III, núm.1, enero-junio 1995, pág.123.

funcionarial. Los argumentos de la homologación son acogidos así por los sindicatos pero también por la propia Dirección del Servicio Navarro de la Salud, que razonaban que la igualdad total de derechos y obligaciones no aportaba ya nada favorable a la coexistencia de dos regímenes. De hecho, a partir de la LF 11/1992 se establece que todo el personal de nuevo ingreso en el Servicio Navarro de la Salud deberá ser funcionario.

Esta posibilidad de funcionarización –que, debemos señalar, en la legislación navarra se ha calificado siempre bajo el eufemismo de “*integración del personal laboral en el Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra*” también se concede a partir de 1990, con la LF 5/1990 de 27 de junio, al personal laboral docente fijo no universitario¹⁸, por una sola vez, la opción de integración, conservando el derecho al puesto de aquél empleado que no se integre, calificándose tal situación “*a extinguir*” (DA.1ª), que se concretó en el DF 178/1990 de 31 de julio, que regula el procedimiento de adquisición de la condición de funcionario, con resultados abrumadores¹⁹. Finalmente, ya con carácter general, la LF 9/1992 de 23 de junio de Presupuestos de la Comunidad para 1992 lo abre a todo el personal laboral de la Comunidad y así, para acabar en el ámbito sanitario el proceso señalado por la LF 11/1992 de 20 de octubre, que con toda claridad opta por el modelo funcionarial (art.30) la LF 15/1993 de 30 de diciembre validó la opción a funcionarizarse del personal sanitario laboral fijo y estatutario.

Finalmente, fue el nuevo EPAN, que como texto refundido fue aprobado por Decreto Foral Legislativo 251/1993 de 30 de agosto el que instituye, de forma completa, la funcionarización en la Comunidad Foral, sus Organismos Autónomos y en el Servicio Navarro de la Salud (DA 14ª), recopilando el modelo señalado por las normas anteriores y concretándose en el importante DF 134/1993 de 26 de abril que regula el procedimiento de integración en el Estatuto del Personal. Destacar en este caso que tal proceso de integración

¹⁸ Aunque en este caso, la tradición era que el personal docente estaba sujeto al régimen laboral, y el conflicto se origina cuando el 1990 acontecen las transferencias del Estado a favor de Navarra en materia de educación, con el consiguiente traspaso de personal, todo él funcionario.

¹⁹ Según los datos facilitados por ALLI FERNÁNDEZ, J.L y CIRIZA ARÍZTEGUI, L EN “*El proceso de funcionarización...*”, ob.cit., pág.124, la funcionarización alcanzó al 99 por 100 del personal docente.

había sido consensuado con las organizaciones sindicales a través de los Acuerdos de 27-2-1992, de ampliación a todo el personal del modelo seguido para el ámbito docente.

La funcionarización o integración igualmente se ha generalizado en el ámbito local navarro. En este sentido, la doctrina manifiesta una cierta contradicción entre la ley local de Navarra, que parece optar por la laboralización, y las normas forales que han regulado la funcionarización, criterio que no compartimos en toda su extensión, como luego señalaremos. Esta funcionarización ha tenido como normas básicas el art.5 de la LF 15/1993 y el DF 132/1994.

Sin embargo, la dinámica sin fin que supone la funcionarización –en eso sí que se ha asemejado al resto de entidades públicas españolas- ha implicado que el Gobierno y el Parlamento navarro han normado a lo largo de los últimos años nuevos procesos funcionarizadores, para ámbitos específicos o para rezagados.

En este sentido, el art.4 de la LF 15/1993 de 30 de diciembre vuelve a insistir en el proceso de funcionarización, que se concreta en la apertura de un nuevo procedimiento de integración en el Servicio Navarro de la Salud a través de DF 89/1994 de 25 de abril. Igualmente, las DA 1ª y 2ª de la LF 11/1996 autorizaron al gobierno navarro a la apertura de un nuevo plazo de opción para adquirir la condición de funcionario, fruto de la presión de las organizaciones sindicales, incluyéndose entre el personal laboral que pudiera participar a los trabajadores del Estado transferidos a Navarra. Posteriormente, la LF 21/1998 de 30 de diciembre permite también la funcionarización de trabajadores de la Comunidad provenientes de la Cámara de la Propiedad Urbana o Agraria (DA 21ª); la opción se amplió también a los funcionarios sanitarios municipales, a los que se permitió su integración a través de la DT 2ª de la LF 11/1992, derecho de opción nuevamente abierto por la DA 18ª de la LF 15/1995 de 29 de diciembre y, una vez más, por la DA 14ª de la LF 21/1998. Más ya recientemente, el DF 186/2000 de 22 de mayo ha permitido la funcionarización de los trabajadores estatales transferidos procedentes del Parque Móvil del Estado, Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Empleo-INEM y ya con un nuevo carácter general, fruto del Acuerdo suscrito entre el Gobierno Foral y los sindicatos en fecha 15-2-2002, la LF 4/2003 de 14 de febrero ha autorizado de nuevo a la Comunidad

la apertura de un plazo de opción para la integración del personal laboral, así como del estatutario de la Seguridad, en el régimen funcionarial común foral (art.8.).

IV.- EL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL.

Del análisis del proceso de funcionarización, y más específicamente del aspecto selectivo para integrarse como funcionario, podemos extraer, a la vista del marco jurídico consultado varios principios básicos:

Debe destacarse, en una primera aproximación, que en Navarra acontece una clara ósmosis o confusión perfectamente diseñada de igualar las condiciones de trabajo de funcionarios y trabajadores de la Comunidad Foral, con independencia de su régimen jurídico. Ello se ha plasmado, para aquellos últimos, a través de la negociación colectiva, y en el primer caso, a través de Acuerdos de Condiciones luego recogidos en Leyes y Decretos Forales. En consecuencia, la voluntad del legislador navarro, con independencia de la opción política mayoritaria en el Parlamento de la Comunidad, ha sido asentar un empleo público –nunca mejor dicho- en donde la distinción entre funcionarios y trabajadores desapareciera de hecho y de derecho. Algún ejemplo ya ha sido citado para el personal sanitario, pero tal voluntad se adoptó con carácter general en un buen principio, pues ya la LF 5/1990 indicó que la promoción profesional de los empleados públicos navarros debía llevarse a cabo bajo el principio de igualdad, independientemente de su régimen jurídico, pudiendo concursar cualquier empleado al puesto convocado, si reunía los requisitos establecidos y sin que su vínculo jurídico sirviera de impedimento. Este principio también se vio reflejada en los turnos de promoción o turnos restringidos instituidos en el art.15 del EPAN de 1983. Estos turnos, que suponían la reserva de un determinado porcentaje de plazas a los cuerpos y escalas funcionariales de grupos inferiores implicaban ya, *de facto*, una funcionarización a través de la promoción restringida: el trabajador que promocionaba consolidaba una nueva condición, la de funcionario (DA 3ª LF 5/1990). Este *tertium genus* aparece también en otros ámbitos: así, las funciones públicas necesarias de los entes locales, atribuidas a funcionarios, podrán excepcionalmente ser llevadas a cabo por personal contratado

temporalmente –esto es, régimen laboral-, “*que en todo caso estará sujeto al estatuto funcional mientras dura la situación que motiva la contratación.*”. Idéntico criterio asume la normativa reguladora del Servicio Navarro de la Salud, según LF 11/1992, que finalmente se concreta, con un carácter general y permanente, en el actual EPAN de 1993 (DA 10ª.)

Ello nos permite extraer una conclusión significativa, que se corrobora con la lectura atenta de las EM de las Leyes Forales. La funcionarización, en Navarra, no se sustenta –según el legislador navarro y los teóricos foralistas- en la doctrina constitucional emanada de la STC 99/1987, sino en un proceso puramente organizativo de ordenación de los recursos humanos emanado de dos colectivos que, de hecho y de derecho, asumen posiciones iguales, equivalentes, indistintas, en cuanto a su régimen jurídico. En Navarra se eleva así a principio justificador de la funcionarización lo que en el resto del Estado era una de las razones más, de eficacia si se quiere, pero no la más significativa, pues en último extremo se amparaba en un criterio constitucional a favor del régimen funcional. En este sentido, tenemos la impresión que, a la hora de legislar la funcionarización en la Comunidad Foral, la CE no existe.

IV.1.- Principio de excepcionalidad de la funcionarización. Desvirtuación del principio.

La funcionarización en Navarra asume el carácter excepcional del proceso, y de ahí que en las primeras normas aprobadas se permita un único proceso selectivo o, cuanto menos, el derecho del trabajador a optar por una sola vez por la integración en el Estatuto de Personal. Así se expresó contundentemente el DF 178/1990 que reguló la funcionarización del personal laboral docente fijo no universitario y fue luego acogido²⁰, para todo el personal laboral de la Comunidad en la DA 8ª de la LF 9/1992 y reiterado, para el personal

²⁰ La importancia del referido DF 178/1990 es evidente, pues fue la norma señera, por la ser la primera, que con nivel reglamentario reguló la funcionarización en Navarra. De ahí que normas posteriores, fruto de la negociación colectiva, plasmen esos criterios allí establecidos como criterios a generalizar, pues parece que fueron del agrado de los negociadores sindicales. *Vid.*, en este sentido, DA 5ª *in fine* del CC del personal laboral de la Comunidad de 1992 (BON 13-1-1993), según el cual el procedimiento reglamentario de funcionarización de todo el personal de Navarra ha de determinarse “*atendiendo a criterios análogos a los establecidos en su día para el personal docente no universitario...*”.

sanitario laboral fijo y estatutario en el art.4 de la LF 15/1993 de 30 de diciembre y ya de nuevo con carácter general para toda la Comunidad en el art.1 del DF 134/1993 y para los entes locales (art.1 DF 132/1994 de 4 de julio); también en el ámbito de la negociación colectiva ha sido acogido aparentemente sin dificultad, como lo acreditó el CC del personal laboral de la Comunidad de 1992²¹. Sin embargo, la realidad de los hechos se ha impuesto sobre la voluntad inicial del legislador, y así a través del DF 89/1994 de 25 de abril se reabrió un nuevo proceso de integración dirigido al colectivo de personal laboral del Servicio Navarro de la Salud pendiente de funcionarización, voluntad que se concretó con carácter general para todo los trabajadores de la Comunidad, en el art.14 del Título III del Acuerdo Gobierno-organizaciones sindicales de 11-12-1995 y en el CC del personal de la Comunidad²², sobre la base de los mismos criterios fijados para el primer proceso, incorporándose tal acuerdo en la DA 1ª de la LF 11/1996, y calificándose la situación como una autorización al gobierno navarro “*para la apertura de un nuevo plazo de opción para la adquisición de la condición de funcionario...*” (DA 1ª, primer párrafo).

IV.1.1.- La funcionarización a la carta: la quiebra del principio de organización.

Se trata de una de las particularidades más singulares y clamorosas jurídicamente hablando, por cuanto suponen desvirtuar todo el proceso selectivo de funcionarización e incluso la propia gestión ordenada de los recursos humanos de la Administración. Esta particularidad nace con el DF 178/1990 y consistente en que todo el personal laboral docente fijo no universitario que carezca de titulación para acceder a la condición de funcionario conservará el derecho a mantener su condición laboral pero otorgándole un derecho *intuitu personae*: podrá funcionarizarse cuando obtenga la referida titulación. Y el *summum* del despropósito jurídico se alcanza cuando la norma le otorga el derecho a funcionarizarse *a la carta* sin mediar ninguna necesidad o declaración o voluntad de la Administración: el

²¹ En concreto, la DA 5ª del CC citado (Resolución de 16-12-1992, BON 13-1-1993).

²² Acuerdo entre el Gobierno y las organizaciones sindicales de 11 de diciembre de 1994, para el período 1996-1999 sobre modernización de la Administración Pública y de las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas de Navarra (BON 25-12-1995). CC del personal laboral para el período 1996-1999 (Res. DGT de 14-8-1996, BON 4-9-1996).

ejercicio del derecho de opción se concede por el plazo de un mes “*desde la obtención de la titulación*”.

Una nueva fórmula *ad personam* se incluye posteriormente por vía reglamentaria, afectando a todo el colectivo de personal laboral, ya no sólo el docente fijo: el DF 134/1993, que regula la funcionarización para toda la plantilla de la Comunidad Foral y sus OOAA, no sólo instituye también la mencionada garantía para aquellos trabajadores que carezcan de titulación (art.5, primer párrafo) sino que la amplía a los trabajadores fijos, y personal estatutario en situación de la antigua invalidez provisional (hoy Incapacidad temporal, según la LGSS). Si finalizada ésta, se le concede alta por curación y debe reincorporarse al servicio activo, se le otorga un plazo de un mes para ejercer el derecho de opción: el precepto es confuso, pero mediante una interpretación integradora lo que se habilita mediante el art.5 es una garantía *ad personam* para todo un colectivo de empleados laborales de difícil encaje en el proceso general de funcionarización, y que a nuestro juicio supondría los siguientes supuestos.

- personal sin titulación, que posteriormente la obtiene. Plazo de un mes desde la obtención de la titulación.

- personal en situación de invalidez provisional, actual incapacidad temporal en el período comprendido entre los 18 meses de baja y el máximo de 30 meses previsto en la Ley General de Seguridad Social: derecho de opción en el plazo de un mes desde que, finalizada aquella invalidez o incapacidad, se reincorpore al servicio activo.

- personal a tiempo parcial y personal fijo discontinuo que pase a desempeñar un puesto a tiempo completo: derecho de opción con idénticos plazos.

- personal del Sistema Nacional de la Salud trasladado al Servicio Navarro de la Salud-Osasunbidea: derecho de opción con idéntico plazo a partir del *traslado*²³.

²³ Entendemos que se refiere a un proceso de transferencias de funciones y, por tanto, de subrogación contractual de trabajadores al amparo del art.44 del ET.

Esta situación nos reafirma en la tesis antes mantenida que en Navarra, la funcionarización no supone la adaptación de sus puestos de trabajo a la doctrina constitucional, sino a una mera opción organizativa, que incluso quiebra con el principio de eficacia y ordenación ajustada de los recursos, al instituir estas particularidades *ad personam*.

Evidentemente, dicho lo anterior, no debe extrañar –y en ello fue también norma señera el DF 178/1990- de que todo aquel personal laboral del Estado que sea subrogado por la Comunidad Foral podrá ejercer el derecho a la funcionarización en el plazo de un mes a contar desde la fecha de efectividad de la transferencia (art.6).

IV.2.- Procedimiento voluntario *ad hoc* de integración.

Jurídicamente entendemos que no acontece un proceso selectivo, sino simplemente –y así muy bien lo expresa el propio título de las normas consultadas- un “*procedimiento de adquisición de la condición de funcionario*”, doctrinalmente calificado como simple derecho de opción, de carácter voluntario²⁴

La fórmula es parca y expeditiva: ya desde un primer momento (funcionarización de los trabajadores docentes no universitarios) consistía en la presentación por Registro de una solicitud normalizada, a la cual debía adjuntarse una copia autenticada o compulsada de la titulación necesaria para el desempeño del puesto de trabajo (art.2, segundo apartado, DF 178/1990)

A continuación, el DF 178/1990 marcó el camino a seguir por la normativa posterior, al instituir una funcionarización basada en dos principios:

a) formulación de la opción individual del trabajador a través de la presentación de solicitud.

²⁴ RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín M^a: “*La función...*”, ob.cit., pág.280; con igual dicción, y sin mayor comentario también en “*El sistema estatutario...*”, ob.cit., pág.66.

b) integración, mediante DF, en el Estatuto funcional (art.3, DF 178/1990), modelo seguido por el DF 134/1993 que regula la funcionarización con carácter general en toda la Comunidad y DF 132/1994 para los entes locales No hay ningún margen ni limitación al derecho de opción, pues la integración opera *ex lege*²⁵.

Los trabajadores afectados por un proceso selectivo laboral podían realizar tal opción prevista: en la normativa del año 1990, aún se les permitía finalizar el proceso como trabajadores (esto es, el régimen instituido en las bases de la convocatoria respectiva) o ser nombrados funcionarios. La norma hace un quiebro de difícil comprensión jurídica, por cuando este derecho de opción se materializa una vez ha adquirido la condición de trabajador, habilitando un plazo de un mes a contar desde la toma de posesión de su puesto de trabajo (art.4 DF 178/1990 y art.4 del DF 134/1993). En el ámbito local, el plazo se fija en dos meses desde la toma de posesión, si bien es preciso que previamente las corporaciones hayan decidido la conveniencia de la integración.

IV.2.1.- La excepción al principio de voluntariedad: la funcionarización forzosa.

El principio de voluntariedad de participación en el proceso es una de las constantes, en ningún momento desvirtuada legal o reglamentaria, en todo el territorio español. Cuestión distinta es que la presión sindical, las posibilidades de promoción futuras o la mayor facilidad que la funcionarización supone para ostentar el nuevo estatus funcional animen o incentiven en positivo a la participación; pero en ningún supuesto hemos localizado normas que obliguen coercitivamente. La excepción, sin embargo, sucede en Navarra, a través de una fórmula que luego valoraremos en cuanto a su legalidad.

La LF 15/1993 de 30 de diciembre introdujo diversas modificaciones a la LFP Navarra de 1993. Entre ellas, destacaremos la nueva DA 14ª incluida en el EPAN en virtud del cual se

²⁵ De lo que es buena prueba el propio texto de la instancia formalmente aprobada. En el supuesto del DF 178/1990, la solicitud del *aspirante* consiste en indicar que “*teniendo por presentado esta instancia en tiempo y forma, se le otorgue la condición de funcionario.....*” (Anexo al DF.178/1990). En el anexo del DF 134/1993 el texto es igualmente concluyente: “*que teniendo por presentada esta solicitud en tiempo y forma, se proceda a su integración como funcionario....*”. En idénticos términos, el Anexo al DF 132/1994, para el personal de los entes locales.

regula la funcionarización del personal laboral fijo y también del estatutario que se encuentre, o pueda pasar en el futuro, a la situación de excedencia voluntaria. Según esta nueva DA, el reingreso será factible siempre que exista vacante de funcionario, en ningún caso de personal laboral; pero la –a nuestro juicio- extralimitación del marco jurídico no se queda aquí: ineludiblemente el trabajador en excedencia voluntaria debe solicitar su reingreso como funcionario, siempre que cumpla los requisitos legalmente previstos, esto es, a la vista de lo dicho hasta ahora, que ostente la titulación requerida. Si carece de ellos, el reingreso será como personal laboral.

Más expeditivo, si cabe, es el modelo de funcionarización forzosa en el ámbito local, pues no parece que haya, ni tan siquiera, declaración de voluntad en un sentido u otro, ni el mero formulismo de la instancia o petición. Los trabajadores fijos de los entes locales navarros que tengan el contrato en situación de suspensión –por tanto, en términos más amplios que la norma general, pues incluyese aquí cualquier tipo de suspensión contractual, incluida la excedencia voluntaria o la incapacidad temporal- se entenderá que quedan *de iure* funcionarizados para el momento –la fecha- en que se reincorporen al puesto de trabajo. Aparentemente, se mantiene así el vínculo laboral en tanto esté en suspenso, pero al pasar al servicio activo, la mutación es automática al régimen funcionarial. Nuestra interpretación es ligeramente distinta: entendemos que el DF 132/1994 lo que establece es una pausa en la funcionarización de aquellas personas que hayan manifestado su derecho de opción en sentido favorable, de tal manera que en tanto en cuanto no se incorporen efectivamente al puesto de trabajo mantienen el vínculo laboral y sólo en el momento de finalizar la suspensión se integran como funcionarios; ello no obsta para que, como luego señalaremos, entendamos sin ningún género de dudas que tal previsión foral es contraria a Derecho, por quebrar el sistema de distribución de competencias con el Estado y infringir la normativa del Estatuto de los Trabajadores.

IV.3.- Requisitos exigidos.

Un único requisito parece ser exigido para acceder a la condición de funcionario: la efectiva posesión de la titulación requerida para acceso al Cuerpo o Escala funcionarial. Requisito

que aparentemente ha sido riguroso en su aplicación, habida cuenta que se ha facilitado una funcionarización *ad personam* para aquellos supuestos de ausencia de titulación, habilitando la posibilidad de acceder con posterioridad si se obtuviera aquella.

Las normas consultadas se refieren, siempre, al necesario cumplimiento de los requisitos que reglamentariamente se determinen, y de ellas hemos inferido que sólo la titulación parece ser la necesaria, hasta el punto que la pérdida de la condición de laboral y la impuesta condición de funcionario que la DA 14ª del EPAN instituye sólo se quiebra si el excedente que reingresa no posee la titulación.

Sin embargo, en el DF 134/1993 que regula la funcionarización con carácter general introduce una ruptura en este aparente planteamiento general: únicamente se exige a los trabajadores de los grupos A (titulados superiores) y B (titulados medios) la aportación a la instancia de la titulación necesaria para el desempeño el puesto de trabajo respectivo, fórmula reproducida para el ámbito sanitario en el segundo proceso de integración llevado a cabo por DF 89/1994; esta exigencia de titulación ha sido considerada no convalidable por la jurisdicción navarra, si bien la práctica administrativa llevada a cabo por la Comunidad Foral, y acogida favorablemente por esa misma jurisdicción, es que no integrándose en el grupo del cual carece de titulación, sí se le mantiene la retribución originaria consolidada como laboral a través de sentencia judicial (STSJ Navarra 6-3-1996). Ello nos obliga a plantear que sucede con la ausencia de titulación en la funcionarización de los grupos C, D y E: la respuesta hay que buscarla en la negociación colectiva en donde no siempre parece exigirse niveles de titulación en la promoción interna²⁶.

Una fórmula distinta se ha aplicado en el ámbito local: la instancia deberá acompañar también la copia de la titulación correspondiente al nivel de encuadramiento de la plaza funcional (art.3.2 DF 132/1994), pero no será posible atribuir un nivel superior al de la

²⁶ Así, para el vigente CC supraempresarial de la Comunidad Foral y sus OOAA, se articulan procesos de promoción interna del grupo E al D y del D al C sin que expresamente se establezcan requisitos de titulación para el ingreso en el nuevo grupo (art.7, BON 24-2-2003).

titulación que le fue exigida al trabajador interesado en el momento de su ingreso en la Administración como personal laboral fijo (art.9, segundo apartado).

IV.4.- Unificación funcionarizadora de todo el personal de la Comunidad.

Los procesos selectivos se han abierto, en Navarra, a todo el personal de cualquier Administración Pública, incluyendo también a la local. Por ello, la LF 9/1992 abarca al personal estatutario del servicio sanitario, que a diferencia del resto de España –en donde el proceso ha sido de *estatutarización* del personal laboral- también puede participar en la integración. Ello concuerda con una de las notas más características del EPAN cuál es su carácter unificador del régimen jurídico de todos los funcionarios públicos de la Comunidad Foral navarra: el principio de equivalencia fijado en algunas Comunidades autónomas como Cataluña o Aragón funciona aquí plenamente, aunque bajo la denominación doctrinal de “*carácter unificador del régimen jurídico funcionaria*”²⁷, por cuanto en principio todos los derechos y deberes son idénticos, cualesquiera que sea la Administración para la que presten servicios.

Sólo una excepción se ha concretada en la norma: la Ley no ha permitido en ningún caso la funcionarización del personal a tiempo parcial y del personal fijo discontinuo. Sería lógica desde la óptica del derecho español de la función pública, tal como tuvimos ocasión de estudiar en la segunda parte (capítulo segundo) de esta tesis, que carece de una figura similar al tiempo parcial o fijo discontinuo para los funcionarios; sin embargo se nos escapa la razón última de tal exclusión en el derecho navarro, habida cuenta las singularidades y, porque no decirlo, insensateces jurídicas que caracterizan su funcionarización, aunque para esa ocasión esta parece ser la razón impeditiva, según la STSJ Navarra 5-12-1995²⁸. No obstante, por vía reglamentaria se solventa parcialmente la cuestión habilitando un plazo de

²⁷ RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María: “*El sistema estatutario...*”, ob.cit., pág.67.

²⁸ La sentencia acoge, así, los argumentos de la contestación a la demanda formulados por la Comunidad Foral, al señalar, literalmente, que “*sólo pueden integrarse aquellas situaciones que encuentren acomodo en la actual regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos (...) no pueden integrarse aquellas figuras que son propias, singulares y específicas del derecho laboral y que por tanto, no tienen reconocimiento legal en el Estatuto funcionarial...*”.

un mes a todos aquellos trabajadores con tal régimen jurídico que pasen a ostentar un contrato a tiempo completo, para poder ejercer el derecho de opción, si bien tal posibilidad no parece concretarse en el ámbito local, habida cuenta los plazos perentorios de funcionarización que luego tendremos ocasión de estudiar. En todo caso, debe señalarse que tal exclusión ha sido sancionada como conforme a derecho, sin que atente al principio de igualdad, por parte de la jurisdicción navarra, en base a que la quiebra del principio acontece cuando se da un tratamiento diferenciado ante dos supuestos que reúnan los mismos requisitos, lo que no sucede en el caso en cuestión, en donde la naturaleza jurídica de la relación laboral a tiempo parcial y fija discontinua valida la distinción con los fijos a tiempo completo²⁹ y habiéndose confirmado tal tratamiento diferenciado, que no atenta al principio de igualdad, por el ATC 246/1996 de 16 de septiembre.

IV.5.- Ejecución de sentencias e integración provisional.

La que denominaremos *integración provisional* es una particularidad de difícil calificación jurídica, también única en el panorama selectivo de Navarra. Se pretende, a través de ella, ordenar las disfunciones entre el resultado de la funcionarización y las reclamaciones que sobre cuestiones retributivas pudieran haber sido planteadas, pero que también alcanzan, indirectamente, a reclamaciones de categoría o grupo profesional y, hemos de entender, también de grupo de clasificación.

La dificultad estriba en su encaje jurídico: según el art.7 del DF 134/1993, los trabajadores que se integren-funcionaricen pueden haber reclamado, en algún momento –de difícil precisión, como a continuación señalaremos- una determinada diferencia retributiva. Parece lógico entender que esta diferencia retributiva puede derivarse de la no percepción de algún complemento relacionado con el puesto (nocturnidad, peligrosidad, jefatura, etc..) pero también del ejercicio efectivo de funciones correspondientes a un puesto, categoría o grupo de clasificación superior.

²⁹ Con idéntico razonamiento y conclusión, así lo expresan las SSTSJ de Navarra de 5-12-1995, 20-12-1995, 17-1-1996, 29-1-1996 y 2-3-1996.

En este supuesto, la normativa navarra establece un nombramiento o integración provisional. Las dificultades y particularidades son múltiples:

- en primer lugar, debe tratarse de una situación jurídica en que la resolución judicial dictada por el orden social sea posterior a la integración. No establece cuál es la instancia judicial, pero creemos que lo más correcto es entender que tal resolución, sea cual sea aquella, debe ser firme.

- sin embargo, tal sentencia judicial debe proceder de una reclamación “*de carácter retributivo*” planteada con anterioridad a la publicación del DF 134/1993 de 26 de abril, esto es, el 12 de mayo de 1993³⁰. Dada la generalidad de los términos, se hace difícil precisar si tal reclamación debe tener carácter administrativo o judicial, pero apostamos por la primera, habida cuenta la necesidad de tal paso como previo a la vía judicial. Se establece, sin embargo, un marco no traspasable, esto es, cualquier reclamación posterior al 12 de mayo, aunque pudiera ser acogida finalmente de forma favorable por la jurisdicción laboral, no se integrará en el estatuto individual del trabajador funcionarizado, lo que supone un lapso de tiempo no necesariamente corto, por cuanto el derecho de opción se otorgó a los trabajadores durante un plazo de dos meses a contar a partir del referido 12 de mayo de 1993.

- si se dan todas las anteriores premisas, y la sentencia judicial es favorable a los intereses del trabajador, puedan darse dos circunstancias con sus respectivas consecuencias:

- a) que la reclamación tenga un único resultado económico, sin modificar la categoría, grado o grupo profesional. En este caso, entendemos que es de aplicación el apartado primero del art.7 del DF 134/1993: la Administración deberá cumplir la sentencia e integrar económicamente la nueva retribución o cómputo en el estatuto particular del funcionario, antes laboral. Ello, a pesar de que el DF permite exceptuar el cumplimiento de la sentencia –lo pretende-, mediante una críptica redacción según la cual los pronunciamientos

³⁰ BON núm.59, de 12 de mayo de 1993.

judiciales en tal sentido serán ejecutados “*siempre que ello sea compatible con el cumplimiento de los requisitos generales fijados en este Decreto Foral y con las normas aplicables a su nuevo régimen jurídico*” (art.7, *in fine*). La doctrina navarra ha sido crítica con tal previsión, a la que califica de “*expropiación de derechos reconocidos (...) en una sentencia judicial*”³¹. En nuestro parecer, la única excepción que sería viable es que los términos de la sentencia fueran inasumibles según la normativa de función pública navarra y, por consiguiente, sólo tuvieran eficacia o reconocimiento sobre la extinguida relación laboral, esto es, con carácter general, para los derechos reclamados con retroactividad a un año, que es la prevista por el ET para las acciones derivadas del contrato de trabajo (art.59).

b) la mayor complejidad jurídica acontece con el segundo párrafo del art.7. En este caso, la norma establece la aplicación de una sentencia judicial que reuniendo previamente los anteriores requisitos de plazos temporales, impongan al trabajador afectado un cambio de nivel o de grupo. En este supuesto, la norma es de difícil comprensión. De su análisis, nos permitimos deducir que el resultado del proceso funcionarizador pasará por los siguientes supuestos:

- si el trabajador ve reconocido un grupo o nivel superior y ostenta la titulación requerida para el mismo, se integrará como funcionario de ese nuevo grupo o nivel.

- si, por el contrario, no ostenta la titulación, pero la sentencia le es igualmente favorable, entonces sí acontecerá, entendemos que con efectos retroactivos, una funcionarización o integración *provisional*. Se dan efectos retroactivos a una situación consolidada, pasando el nuevo funcionario a un estatus de provisionalidad que implica el reconocimiento del derecho al trabajador a renunciar a su condición de funcionario y reintegrarse como trabajador fijo o personal estatutario. Propiamente, es el único supuesto de integración provisional, pues si ostenta la titulación se deduce que se formula una supuesta reclasificación o reordenación de su inicial integración, aparentemente con efectos retroactivos.

³¹ PÉREZ RUIZ, Juan Alfonso: “*Notas acerca de la funcionarización del personal sanitario adscrito al Servicio Navarro de la Salud-Osasunbidea*”, RJN, núm.18, 1994, pág.218.

- que se dé el anterior supuesto, pero el trabajador no ejerza el derecho a reintegrarse como laboral o estatutario –insistimos, se trata de una opción que la norma le otorga-: en este caso, creemos que la respuesta jurídica es que el trabajador funcionarizado continuará ostentando el grupo o nivel –lógicamente inferior- que consolidó en el momento de toma de posesión como funcionario. Sin embargo, una aplicación integrada de este segundo párrafo con el primero parece deducir que el reconocimiento económico del mayor nivel o grado si sería posible: se limita el “*acceder a dicho nivel o grupo*”, pero en modo alguno parece que se restrinjan los efectos de tal reconocimiento. Estaríamos, pues, ante una fórmula de complemento personal transitorio derivado de una sentencia inejecutable en cuanto al grupo o categoría reconocido por ausencia de titulación y que la doctrina administrativa del Consejo de Estado ha rechazado por antijurídica³².

Señalar que, en todo caso, tal fórmula no ha sido aplicada a los entes locales navarros, pero sí para el personal del Servicio Navarro de la Salud, explícitamente en el segundo proceso de integración aprobado por DF 89/1994. En este supuesto, la fecha de referencia en cuanto al momento de la reclamación retributiva se fija para el 9 de mayo de 1994³³.

IV.6.- Particularidades del proceso selectivo de funcionarización en las entidades locales de Navarra.

Hemos de partir que en la Comunidad Foral el principio de identidad o equivalencia fijado parcialmente o de forma limitada para determinados ámbitos de la función pública autonómica y local en Cataluña, Aragón y algunas otras Comunidades Autónomas, se ha plasmado con total y absoluta rotundidad en la legislación navarra. En este sentido, baste recordar que la Ley de Función Pública navarra se denomina formalmente “*Estatuto del Personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra*” y que en su ámbito de aplicación se incorpora a los entes locales. Este principio de equivalencia se refuerza en el

³² Si bien no referido a Navarra, el Consejo de Estado señala que la fecha de una sentencia de este tipo no puede tener efectos sobre la Resolución de convocatoria de un proceso de funcionarización, posterior a su publicación (Dictamen 2346/2001 de 25 de octubre).

³³ BON núm.55 de 9 de mayo de 1994.

art.233.3 de la Ley Foral de Administración Local de 1990 en virtud de la cual la materia de personal de los entes locales se rige por la citada ley foral y por la legislación reguladora del Estatuto del Personal de las Administraciones Públicas y de ahí que la doctrina defiende que la función pública local navarra viene regulada por el EPAN, su normativa de desarrollo, constituyendo por ello un “*sistema completo e integrado en si mismo*” al que no le es de aplicación la LBRL ni la LMRFP³⁴.

La Ley foral local es menos funcionarizadora que la Ley de Bases de Régimen Local. De hecho, limita la presencia de funcionarios en detrimento del personal laboral, pero discrepamos de las tesis mantenidas por un sector de la doctrina navarra, ya reseñadas, en el sentido de que opta claramente por la laboralización³⁵. De hecho, reserva a funcionarios un grupo de funciones públicas necesarias (las de secretaría y las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria y de asesoramiento técnico-económico, art.234.1.a) y b)), aunque excluye las funciones de contabilidad y tesorería (art.234.1.c). En todo caso, las funciones públicas necesarias son atribuidas a personal de la propia corporación o de agrupaciones para su sostenimiento común, alejándose así pues claramente de la normativa estatal (art.234.2), por cuanto la habilitación se confiere por la propia Comunidad Foral. Las funciones de contabilidad y tesorería corresponden también a funcionarios, pero aquí no juega el carácter de habilitados de sus titulares, pues pueden incluso ser ejercidas por miembros de la Corporación (art.235.2)

Sin embargo, la Ley foral local establece una importante salvedad a la laboralización, y de ahí nuestra discrepancia: sólo podrán ser ejercidas por funcionarios los puestos que

³⁴ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: “*El régimen especial de Navarra*”, en AAVV: “*Tratado de Derecho Municipal, Tomo II*”, 2ª edición. Editorial Civitas, Madrid, 2003, pág.2790.

³⁵ De hecho, creemos que la Ley Municipal más bien parece acoger las tesis mantenidas en 1989 por el Prof. LARRUMBE BIURRUN, haciéndose eco de las propuestas que diversos profesores universitarios y secretarios municipales formularon, y que trasladaron a la Dirección General de Administración local de Navarra, en relación a la en ese momento aún pendiente de aprobar Ley de régimen local, en el sentido de que era preciso fijar los ámbitos de actuación de funcionarios y trabajadores (conclusión tercera) y definir los contenidos y funciones de este personal (conclusión cuarta). Para RAZQUIN LIZARRAGA (“*El régimen especial...*”, ob.cit., pág.2790), la ley local sigue el régimen común general español en cuanto a las funciones que implican ejercicio de autoridad, reservadas a funcionarios, y opta por una dicotomía entre funcionarios y laborales en base a las restantes funciones atribuidas a cada puesto de trabajo.

impliquen ejercicio de autoridad. Nos remitimos, pues, en cuanto a su alcance, al capítulo segundo (primera parte) de esta tesis.

El punto de partida de la funcionarización en los entes locales aparece a través del art.5 de la LF 15/1993 de 30 de diciembre, que refuerza el principio de equivalencia, por cuanto autoriza a las corporaciones a iniciar el proceso de integración (“*podrán iniciar el proceso...*”), según los criterios generales previstos para el resto de personal de la Administración Foral y un específico procedimiento reglamentario, que se concretó en el DF 132/1994 de 4 de julio, que regula la integración del personal laboral fijo de las entidades locales en el Estatuto de Personal, modificado por DF 149/1994 de 5 de septiembre. El esquema seguido por la norma foral es muy similar a sus antecedentes de ámbito docente y general autonómico, como ya hemos reflejado en el análisis de las particularidades.

No obstante destacaremos que la funcionarización en los entes locales navarros, que ha insistido en su carácter excepcional de “*por una sola vez*” (art.1, DF 132/1994), se ha articulado sobre un ámbito temporal concreto y específico, y muy rápido en el tiempo. Así, en el DF 132/1994 se establece que el derecho de opción deberá efectuarse, por parte de cada trabajador, en el plazo de dos meses a contar de la publicación del acuerdo del ente local en el BON, acuerdo que debía ser aprobado con anterioridad al 1 de octubre de 1994 – inicialmente el plazo otorgado a los entes locales finalizaba el 25 de agosto de 1994³⁶- (según redactado dado por DF 149/1994) Esta integración debía hacerse efectiva, en todo caso antes del 1 de enero de 1995. El carácter expeditivo es máximo, por cuanto prácticamente la funcionarización en la Comunidad fue concretada en un lapso de tiempo de cinco meses, habida cuenta que el DF 132/1994 que abrió la vía fue publicado en el BON de 25 de julio de 1994 y que según este mismo DF, la resolución de integración que aprueba el Alcalde o Presidente del ente local debió dictarse en el plazo de diez días a contar desde la fecha de finalización del plazo de presentación de la solicitud de integración. No obstante, las disfunciones derivadas del mismo han implicado que, de

³⁶ Ello motivó la petición de numerosos entes locales, de forma razonada y expresa tal como reconoce la EM del DF 149/1994, para que el Gobierno Foral ampliara el plazo.

nuevo, a través del art.9 de la LF 4/2003 de 14 de febrero, se haya permitido que las entidades locales abran un nuevo plazo de funcionarización, que se articulará en un término de dos meses a contar desde la publicación en el B.O.N. de la norma reglamentaria de desarrollo.

V.- MODELO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN NAVARRA Y SU ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN.

Se nos plantea, finalmente, la adecuación de todo este completo modelo de funcionarización o integración del personal laboral, a los principios constitucionales y también a la legalidad ordinaria estatal, en aquellos aspectos considerados básicos.

Es evidente que la respuesta sería clara y contundente desde la perspectiva general: corresponde al Estado dentro de sus competencias exclusivas establecer las bases de la función pública para todas las Administraciones; las leyes autonómicas deben respetar las normas básicas estatales, las cuales deberán acoger sin quiebro alguno la garantía de que *“todos los ciudadanos en cualquier lugar de España....”* tienen derecho al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, así como el de igualdad (STC 302/1993). Las normas autonómicas, aunque establezcan regulaciones singulares para el personal interino o, como es el caso, para el personal laboral fijo, *“no pueden llevar al olvido o a la exclusión de los principios constitucionales a los cuales se viene haciendo alusión que preservan el derecho fundamental al libre e igualitario acceso a la función pública....”* (STC 388/1993) y ello no quiebra aunque el personal sujeto a relación laboral deba pasar a serlo como funcionario, pues una norma en tal sentido no puede conllevar una funcionarización calificada como *ex post* y contraria a la CE (STS 3-3-1997). La integración, acceso o incorporación directa como funcionario de cualquier persona, aunque ostente previamente la condición de trabajador de la Administración, se reputa contrario a estos principios constitucionales. En consecuencia, la legislación navarra, desde esta perspectiva, sería claramente contraria a la CE. También sería contraria al régimen de competencias, por cuanto ha regulado de forma extrema determinadas figuras del derecho laboral, competencia exclusiva del Estado: es el supuesto de quiebra del

principio de permanencia del vínculo laboral, aun en suspenso, forzando al trabajador excedente a su reincorporación como funcionario, salvo que carezca de la titulación requerida. Supone ello una derogación del principio de mantenimiento del vínculo laboral, del régimen de suspensión contractual y excedencias y de extinción del contrato de trabajo previsto en la norma estatal laboral por excelencia, el Estatuto de los Trabajadores.

Sin embargo, Navarra, por su especialísimo régimen foral, no puede ser abordada con idéntico parámetros que el resto de las dieciséis comunidades autónomas o las corporaciones locales integradas en éstas. Ello nos obliga a analizar la constitucionalidad del modelo navarro desde una triple perspectiva:

- a) las razones en que se funda la funcionarización en Navarra, desde la perspectiva de establecer si las razones avaladas para el resto del Estado le son de aplicación.
- b) la hipotética inconstitucionalidad de su proceso de integración funcional: fundamentalmente, la fórmula de acceso directo a la condición de funcionario sin proceso selectivo alguno.
- c) la quiebra del esquema legal previsto en el Estatuto de los Trabajadores, al asumir la norma foral un carácter coercitivo en algunos aspectos del contrato laboral.

V.1.- El fundamento jurídico de la funcionarización en la Comunidad Foral de Navarra.

Ya hemos adelantado en su momento que el análisis de las razones y causas de la funcionarización en Navarra aparentemente en nada se vinculan a las razones que han validado el proceso en el resto de España. Y ello, que merece un comentario necesariamente, tiene una trascendencia mayor, porque puede cuestionar la propia constitucionalidad del proceso de integración.

La doctrina navarra, al respecto, ha obviado en su totalidad cualquier referencia al principio establecido en la STC 99/1987 de que la CE establece, con carácter general, un régimen funcional y que sólo por ley podrán establecerse que puestos o funciones pueden ser

atribuidas al régimen laboral. Esta razón era la de mayor enjundia jurídica para llevar a cabo el proceso de funcionarización y fue la que ha supuesto luego, que en base a la STC 27/1991 y posteriores sentencias que se formularon en torno a la Orden de 27-3-1991, se haya validado, con unos requisitos exigentes, el carácter restringido de la selección para funcionarizar. Los restantes argumentos, también con soporte constitucional –principios de eficacia, de garantía de los servicios públicos afectados por el traspaso de personal, principio de estabilidad de la relación laboral, etc...- con ser importantes pueden considerarse de segundo orden. El principal, y más caracterizado, era que habiendo optado la CE por un determinado modelo funcional era preciso habilitar una fórmula *ad hoc* que adaptara el régimen jurídico de los trabajadores fijos a puestos que, a partir de un determinado momento, se consideraban sujetos a régimen funcional.

La doctrina administrativa navarra sitúa el proceso funcionarizador en otras razones, no ajenas a lo dicho, pero no reflejas de la STC 99/1987.

La laboralización inicial no parece que fue resultado de la LMRFP de 1984; al contrario, el primer texto de la LFP de Navarra data de 1983. Es difícil desentrañar las razones que apoyaron esa laboralización, pero no nos parecen ajenas a las del resto del Estado, acuñadas más por razones ideológicas, no expresadas en los textos normativos, pero existentes.

Sin embargo, Gobierno y sindicatos de Navarra alcanzaron un principio de equiparación de los dos colectivos existentes posiblemente no asumido con tal extensión en ningún otro momento en el empleo público español: las condiciones retributivas, jornada laboral, vacaciones, permisos, licencias, situaciones administrativas, régimen disciplinario eran idénticos. Ello supuso que, *de facto*, se considerara a los trabajadores de la Comunidad ya funcionarizados, aunque no *de iure*³⁷.

³⁷ ALLI FERNÁNDEZ y CIRIZA ARÍZTEGUI califican tal situación de funcionarización de hecho, aunque no de derecho, ya que la normativa que se aplicaba, a través de convenio colectivo, era la misma que la específica del personal funcionario (“*El proceso...*” ob.cit., pág.124).

Por consiguiente, las razones aducidas por la doctrina navarra para potenciar la funcionarización han sido fundamentalmente las siguientes:

- concretar *de iure* lo que *de facto* era una realidad constatable, de equiparación entre colectivos en la medida de lo posible, de lo que es buena prueba la negociación colectiva llevada a cabo en el ámbito laboral por la Comunidad Foral³⁸.

- adaptar las plantillas de las Administraciones de Navarra a la previsión del ENAP que optó en un determinado momento, anterior incluso a la LMRFP de 1984, por el régimen funcional, tal como indicó el art.93 de la LF 13/1983, desvinculándolo por tanto de cualquier referencia a la posterior jurisprudencia constitucional³⁹.

- dar cuerpo a la ineficacia que conllevaba la pervivencia de dos colectivos, que pese a la casi total homogeneización, se basaban en regímenes jurídicos diferenciados, calificándose a las órdenes empresariales dadas al personal laboral, por a la vez ostentar la calidad de acto administrativo, como de torpes y de dificultosa armonía. Sin embargo, la singularísima modalidad de funcionarización temporal *ad personam* nos hace cuestionar en gran medida que ello sea una fórmula adecuada de reordenación de los recursos humanos.

- reinterpretar la aplicación del derecho administrativo a la luz de las necesidades organizativas, por lo que las críticas a su menor flexibilidad carecen de fundamento. La razón se basaría en la competencia exclusiva que la LORAFNA atribuye a Navarra, que permitiría una capacidad autorreguladora. En este sentido, en el derecho de la función pública navarra “*lo que deberá primar siempre es la respuesta inmediata de los correspondientes órganos, sea cual sea el nivel de la norma a adoptar...*”, sin que el obstáculo sea el Derecho Administrativa, pues lo significativo es la norma que de fuerza

³⁸ Así, el CC supraempresarial del personal laboral de la Administración navarra y de sus OAAA (BON 24-2-2003) lleva a cabo un extraordinario esfuerzo de equiparación en todo tipo de cuestiones: selección, retribuciones, provisión de puestos de trabajo, hasta el punto de definir al CC como una consecuencia del Acuerdo suscrito entre la Administración y los sindicatos en fecha 15-4-2002 sobre condiciones de empleo del personal de la Comunidad para los años 2002 y 2003, de tal forma que en aquello no previsto en el CC se estará a lo allí dispuesto (Acuerdo de 15-4-2002, BON 5-6-2002).

³⁹ PÉREZ RUIZ, Juan Alfonso: “*Notas acerca...*”, ob.cit., pág.211.

normativa a los pactos y acuerdos que la Dirección política o gestora de la Comunidad y los sindicatos alcancen. Por consiguiente, la extensión de la negociación colectiva, luego convenientemente recogida en leyes y decretos forales para su sustento adecuado jurídico, se comporta como una razón que invalida las críticas a la presunta inamovilidad del derecho funcionarial⁴⁰.

- finalidades de política sindical, derivados del deseo de los representantes de los trabajadores, y la aquiescencia del gobierno navarro, de que tales empleados gozaran de las “*ventajas*” del régimen funcionarial, especialmente en el ámbito retributivo y de carrera profesional⁴¹.

¿Puede obviarse, en consecuencia, la doctrina de la STC 99/1987, al amparo de la LORAFNA?. La respuesta es especialmente compleja, remitiéndonos a la reflexión que posteriormente efectuaremos.

V.2.- Proceso de integración y adecuación a la Constitución.

Tal como hemos tenido ocasión de señalar, la LORAFNA reconoce como competencia exclusiva de Navarra, al amparo de su régimen foral, la del “*régimen estatutario de los funcionarios públicos de la Comunidad Foral...*” (art.49.1.b), si bien instituyendo un límite, cual es que en el ejercicio de tal competencia exclusiva el legislador deberá respetar “*los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos.*”.

Esta precisión, *in fine*, del art.49.1.b de la LORAFNA implicó que un sector de la doctrina administrativa equiparará la dicción de los derechos y obligaciones esenciales previstos en la *legislación básica* con el respeto íntegro del régimen competencial derivado del art.149.1.18 CE. Según esta tesis, Navarra debía acomodarse a la legislación básica del Estado en relación a los funcionarios públicos, al no tener reconocida una competencia

⁴⁰ ALLI FERNÁNDEZ y CIRIZA ARÍZTEGUI: “*El proceso de funcionarización...*”, ob.cit., pág.126.

⁴¹ PÉREZ RUIZ, Juan Alfonso: “*Notas acerca...*”, ob.cit., pág.212, 213 y 215.

singular y específica que pudiera rebasar el marco del citado precepto constitucional: así fue defendida por la Abogacía del Estado en el conflicto positivo de competencias núm.192/1985 sustanciado ante el Tribunal Constitucional. La aceptación de tal posición supondría, en consecuencia, un rechazo al modelo de funcionarización adoptado por la Comunidad Foral, por todas las razones jurídicas ya expuestas a lo largo del presente y anteriores Capítulos.

Sin embargo, discrepamos de la que fue esta tesis inicial, hoy ya arrinconada entre la propia doctrina estatalista. Las razones han sido clarificadas por la jurisprudencia constitucional, y en ese eje debe plantearse la funcionarización en Navarra.

En primer término, la DA 1ª de la CE establece una garantía institucional del régimen foral de Navarra –aunque no se cite expresamente- y también habilitada la actualización de ese régimen foral histórico en base al Estatuto de Autonomía respectivo, que en el caso de Navarra se ha concretado en la LORAFNA. Implica ello que una competencia que tenga un origen histórico corresponderá ser ejercida por Navarra según el alcance fijado por la LORAFNA, lo que comporta a su vez en muchas ocasiones el reconocimiento y actualización de un derecho histórico (STC 94/1985).

La competencia exclusiva sobre los funcionarios públicos de Navarra fijada en el art.49.1.b de la LORAFNA debe ser comprendida y aplicada desde la óptica del art.39.1 del propio texto. En este precepto se establece una triple división de competencias atribuidas a Navarra: en primer término, aquellas competencias y facultades que ya ejercía en el momento de promulgarse la LORAFNA según lo que dispuso, en su momento, la Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias; en segundo lugar, todas aquellas que la propia LORAFNA expresamente atribuya a la Comunidad, entendemos que *ex novo* y, finalmente, como cláusula de cierre, aquellas que la legislación estatal atribuya, transfiera o delegue con carácter general a las Comunidades Autónomas o a las provincias.

El primer grupo señalado, que corresponde al art.39.1.a) de la LORAFNA, supone lo que el art.2 de la norma denomina “*derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral de Navarra...*” (art.2.1) y es aquí donde la doctrina constitucional ha incluido, de forma clara, el régimen de los funcionarios públicos. Literalmente expresado, “*la competencia atribuida por el art.49.1.b de la LORAFNA incluirá, por tanto, las competencias que sobre el régimen estatutario de los funcionarios ejercía Navarra en el momento de la promulgación de la LORAFNA...*” (STC 140/1990⁴², FJ 3º), implicando por ello la necesidad, reconocida también por el Alto Tribunal, de una investigación histórica de ese derecho histórico (STC 140/1999, FJ 4º).

Este análisis del devenir histórico ha supuesto comprobar que efectivamente Navarra ha venido gozando de un régimen, singular, sobre la regulación de sus funcionarios y de los dependientes de las corporaciones locales de la antigua provincia de Navarra, de lo que dan fe todo un conjunto de leyes y disposiciones reglamentarias, como es el Decreto-ley de Bases para la aplicación del Estatuto Municipal en la provincia de Navarra de 4 de noviembre de 1925, el reglamento de administración municipal de Navarra, en cuyo título III se regulaba el régimen de los funcionarios, el art.209 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 y la DA 3ª.1 del Decreto 3046/1977 de 6 de octubre de articulación de la Ley de Bases del Estatuto del régimen local, en relación a la función pública.

Corresponde, en consecuencia, establecer si en base a todo este marco jurídico, Navarra puede normar en torno al proceso de selección y más específicamente, en torno a una fórmula específica de selección, de carácter restringida, que alejándose de las líneas marcadas por la CE y el Tribunal Constitucional, supone la inexistencia de proceso

⁴² La STC 140/1990 de 20 de septiembre es de importancia capital para situar el régimen foral de Navarra y que, además, planteó el alcance del referido art.49.1.b de la LORAFNA si bien no la cuestión de la funcionarización sino en otra integrante del régimen funcionarial. La sentencia resolvió el conflicto de competencias en relación con el DF 236/1984 del gobierno de Navarra por el que se aprobaba el Reglamento para la elección de órganos de representación de los funcionarios de las Administraciones Públicas de Navarra, que fue declarado parcial inconstitucional. Para un reflexión en torno a esta importante sentencia, puede citarse, en la doctrina navarra, el estudio del Prof. Martín María RAZQUIN LIZÁRRAGA: “*Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: la STC 140/1990 de 30 de septiembre*”, RJN núm.11/1991. Desde la doctrina laboralista española, *vid.* a CASAS BAAMONDE, María Emilia: “*Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales*”, REDT, núm.48, 1991.

selectivo como tal, plasmándose en un mero trámite administrativo concretado en la presentación de una solicitud en la que se ejercita por parte del trabajador de un derecho de opción para adquirir la condición de funcionario o, en el supuesto de los excedentes voluntarios, la integración como funcionario a través de la presentación de una solicitud de reingreso al servicio activo del trabajador excedente.

Al respecto, hemos de señalar tres cuestiones importantes:

- a) en primer término, el derecho foral histórico de Navarra ha regulado la selección de sus funcionarios públicos, en cuanto a su nombramiento y separación del servicio. En un primer momento, tal regulación ya apareció entre las competencias de las Cortes de Navarra; ya en el siglo XX, debe mencionarse el relevante Estatuto provincial navarro de 20 de marzo de 1925 según el cual la Diputación Foral y provincial conservaba el régimen y la organización que se dispuso en la Ley de 16 de agosto de 1841, que reconocía facultades al ente provincial sobre sus funcionarios y que el Decreto Ley de 4 de noviembre de 1925, en su base cuarta, establece, en cuanto a los ayuntamientos, que estos *“acordarán libremente el nombramiento, condiciones y separación de los empleados municipales, sometiéndose a las leyes vigentes en la provincia y a los reglamentos generales dictados o que dicte la Diputación....”*. Implicaba ello, en consecuencia, que la Diputación Foral ejercía una *“tutela preceptiva”* sobre los municipios navarros, así como en el ámbito general de la función pública del territorio, lo que supuesto calificar tal competencia como *“competencias con la Diputación”*, incluso cuando se refería a las corporaciones locales, y buena prueba de ello es el Reglamento de Administración Municipal derivado del Decreto Ley de 1925, que siendo aprobado por el Consejo Administrativo Foral, con gran detalle reguló el régimen de los empleados públicos⁴³ en los arts.120 a 276, que alcanzaron una vigencia temporal incluso posterior a la promulgación de la CE (en concreto, fueron derogados en 1980).

⁴³ LOPERENA ROTA, Demetrio: *“Autonomía local...”*, ob.cit., pág.1648.

b) esta selección ha sido, tradicionalmente, muy peculiar y poco respetuosa con los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ya en 1988 se denunciaba que al amparo del Decreto Ley de 1925, los cuerpos de habilitación nacional no prestaban servicios en Navarra, y su nombramiento dependía exclusivamente de los Ayuntamientos, que los efectuaban sin programa de selección alguno y durante un largo período histórico del propio siglo XX –prácticamente hasta la promulgación de la Constitución- simplemente con un trámite de votación de la Corporación local sobre el candidato propuesto, siguiendo el modelo imperante en el siglo XIX. Idéntica situación ha acontecido históricamente con los cuerpos generales de la Administración: la provisión era libre, tras una selección sin programa homologado, lo que ha sido calificado como “*caos*” jurídico que requería sin lugar dudas, con la aprobación de la LORAFNA, una imprescindible racionalidad y adecuación a la Constitución⁴⁴.

c) sin embargo, por razones obvias, dado que se trata de una institución jurídica completamente novedosa, tal derecho foral no ha previsto en ningún momento de su devenir histórico la funcionarización de trabajadores fijos de las Administraciones de Navarra.

Esta distinción es significativa, porque nos obliga plantear la constitucionalidad o no de la funcionarización, en una primera aproximación, en uno de los dos bloques. Si engarzamos el proceso funcionarizador en el primero, quizá cabría salvar su constitucionalidad. Si lo ligamos al segundo, la respuesta será negativa.

Una tesis minoritaria incluiría la funcionarización en este segundo apartado, y se manifestó en el voto particular a la STC 140/1990⁴⁵. Según esta posición, el ejercicio de una competencia, históricamente hablando, no supone que todas las funciones pasadas, presentes y futuras que puedan componerla están tuteladas por la DA 1ª y, en nuestro caso,

⁴⁴ Al respecto, LOPERENA ROTA, Demetrio: “*Autonomía foral...*”, ob.cit., págs.1681-1682.

⁴⁵ El voto particular fue formulado por quién luego fue presidente del Tribunal Constitucional, el Magistrado Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER.

por el art.49.1.b de la LORAFNA. En consecuencia, el hecho de que Navarra hubiera ejercido competencias sobre funcionarios públicos y sobre el régimen de selección, no permitiría incorporar también aquellas funciones reguladoras que afecten a los funcionarios pero que no pudieron ser ejercidas a lo largo de la historia. Aquí se incorporaría, con mucha razón, la transformación del vínculo laboral en funcionarial *ex lege*: como expuso el mencionado voto particular, *“la apelación al régimen estatutario de los funcionarios no tiene una vis expansiva que le permita atraer para sí una regulación de esta nueva materia, pues el derecho histórico que acoge la Constitución tiene como ámbito material el contenido que lo integró en la continuidad del pasado hasta el momento de la promulgación de las normas fundamentales, no pudiendo ampliarse ese ámbito sino en la medida que lo permita la reserva de competencias a favor del Estado que efectúa el art.149.1.CE”*.

Sin embargo, la tesis mayoritaria que fue incorporada por la STC 140/1990 situaría el debate de la singular funcionarización Navarra en el primer grupo (a): en primer lugar, porque la funcionarización sería una figura específica, pero no ajena en absoluto, al régimen de selección de los funcionarios públicos y, en segundo término, porque para el Alto Tribunal, que una cuestión o material sea nueva o reciente no impide su invocación como competencia histórica: lo que importa es que el ejercicio histórico recaiga sobre toda la materia, *“globalmente considerada”*, esto es, el régimen estatutario de los funcionarios, y no los aspectos concretos de la materia. En resumen pues, tanto por su carácter vinculado a la selección, como por ser una cuestión específica del tal régimen estatutario, Navarra tendría –tiene- competencia exclusiva para regular la funcionarización de sus trabajadores fijos, apartándose de las fórmulas, modelos o criterios que haya fijado el Estado, por cuando la actualización del derecho histórico incluye lo *“que en cada momento haya de entenderse como incluido en el régimen estatutario de los funcionarios...”* (FJ 4º). Hasta aquí permitiría validar la constitucionalidad del proceso funcionarizador de Navarra, pero entendemos –lo adelantamos- que ello no es así, sino que, al contrario, la formulación de tal régimen jurídico aprobado por la Comunidad es claramente inconstitucional.

Nuestra argumentación es la siguiente:

El ejercicio de una competencia foral histórica no es ilimitada. El propio art.49.1.b de la LORAFNA prevé un límite (el respeto de los derechos y obligaciones esenciales fijados por el Estado) pero no debe señalarse éste como único, pues debemos conjugar el art.49.1.b con el art.2.2 de la LORAFNA. El respeto al derecho foral no es absoluto, sino al contrario, la CE, como ley de leyes, no permite la vigencia de normas que entren en contradicción con ella, lo que implica, además, una supresión de todo aquello que es incompatible con la CE, aunque tenga reconocimiento tradicional y, además, una imprescindible adaptación de los principios, valores y normas forales a la CE, lo que supone también una superioridad o primacía del Derecho sobre la historia, y todo ello porque *“la recepción constitucional de los derechos históricos implica una transformación de su fundamento: su validez y vigencia reposa en el texto constitucional y no en la legitimidad histórica, que no puede operar con independencia de las normas jurídicas que proceden a la actualización de los derechos históricos”* (...) quedando resuelta *“la conciliación entre Historia y Constitución”*: (...) *“el carácter de norma suprema de la Constitución imposibilita la supervivencia de todo aquello que la contradiga...”*⁴⁶.

Ello implica afirmar que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento español; su base está en el poder constituyente y ostenta una cualidad originaria. En modo alguno puede calificarse como un pacto entre instancias territoriales históricas preexistentes, cuyo resultado sea que algunas de ellas –Navarra, especialmente- conserve derechos que puedan imponerse al propio texto constitucional. Fuera de la CE no caben situaciones históricas preexistentes (STS 27-3-1996), porque no hay parangón o equivalencia entre los derechos, deberes y libertades derivados de la Constitución, o las instituciones jurídicas que ella establece, como es el caso del régimen de los funcionarios públicos, fruto de una voluntad constituyente, y aquellos derechos históricos reconocidos a determinados territorios, como es el caso navarro. Ello no debe llevarnos a ignorar ese factor histórico, porque el derecho navarro, y la concepción misma de la foralidad navarra no son creados por la CE, pero la interpretación coherente es que, existiendo Navarra y sus fueros con anterioridad a la CE deben forzosamente conjugarse, y hacer de forma permanente, de tal forma que la doctrina

⁴⁶ CORCUERA ATIENZA, Javier y GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel: *“La constitucionalización de los derechos históricos”*. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2002, págs 78 a 80.

constitucional rechaza que pueda ser válido cualquier contenido jurídico, cuya base fuera simplemente la Historia⁴⁷.

En este sentido, pues, el ejercicio de la competencia sobre funcionarios públicos se verá limitada, no por el art.149.1.18 de la Constitución, sino por dos límites diferentes:

- a) el primer límite, ya señalado, será el que se deriva del obligado respeto a “*los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconozca a los funcionarios públicos*”, debiendo tenerse presente que tal dicción literal no equivale a legislación estatal básica sobre régimen estatutario de los funcionarios públicos, sino “*sólo aquellas, justamente, que se refieran a los derechos y obligaciones esenciales*”.

- b) el segundo límite, fijado por el art.2.2 de la LORAFNA, es que el ejercicio de un derecho histórico no puede afectar a las instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional, aún cuando tal techo competencial se interprete en un sentido dinámico, esto es, aquellas sean principales, no secundarias⁴⁸.

Entendemos que la funcionarización en Navarra ha traspasado ambos límites, según el siguiente parecer:

a) En relación al primer límite, debe plantearse cuales son estos derechos y obligaciones esenciales. Ya hemos señalado que esos derechos y obligaciones no deben confundirse con la legislación estatal básica.

Se trata sin duda de un concepto jurídico indeterminado, no definido por los textos legales ni por la jurisprudencia⁴⁹.

⁴⁷ Vid., al respecto a CORCUERA ATIENZA y GARCÍA HERRERA, “*La constitucionalización...*”, ob.cit., págs.66 a 78.

⁴⁸ GARCÍA MANZANO, Pablo: “*Navarra en el contexto...*”, ob.cit., pág.177.

⁴⁹ De ello se hace eco precisamente la sentencia del juzgado contencioso-administrativo núm.1 de Pamplona, de 23-3-2001, al afirmar que ya que no toda norma básica contiene un derecho esencial pero que no todo derecho esencial de la legislación básica del Estado debe ser reconocido a los funcionarios navarros,

Para el Tribunal Constitucional, son derechos y obligaciones aquellas situaciones jurídicas que caracterizan el propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios, de tal manera que conforman la sustancia misma del régimen y, de no darse, harían irreconocible ese Estatuto (FJ 4º). Algunos pronunciamientos han ido definiendo sus contornos: así, el derecho funcional a la carrera administrativa y los derechos de contenido económico (SJCA de Pamplona núm.1 de 23-1-2001), matizado en este último aspecto por la STSJ Navarra 7-9-2001, la estructura de la función pública en cuerpos y escalas⁵⁰, entre otros.

A nuestro parecer, la integración directa, y en algunos supuestos obligatoria, de trabajadores fijos en el régimen funcional afectan a la sustancia misma del modelo de régimen estatutario. Ello no impide que la Comunidad pueda dotar de contenido a ese estatuto funcional, pero no quebrar el modelo. En este sentido, nos parecería válido que Navarra hubiera instituido con carácter general un proceso de funcionarización a través de la fórmula del concurso y que fijara ella cuáles son los méritos a valorar; también que estableciera el momento temporal en que se acreditara la condición de laboral fijo para participar, o que regulara específicamente la funcionarización de trabajadores temporales. Y por ello mismo, nos parece plenamente correcto, que en la dotación de contenido el legislador foral navarro haya excluido de la funcionarización a los trabajadores a tiempo parcial y a los fijos discontinuos, así como si hubiera optada por una solución opuesta, incluso creando fórmulas de régimen funcional a tiempo parcial, o nuevas modulaciones de la jornada de trabajo. Un buen ejemplo de ello es el régimen de promoción interna del personal laboral y funcional sujeto al EPAN, que reserva un porcentaje del 50 por 100 a esa promoción. Pese a ese trato de favor, las pruebas que realicen los aspirantes por promoción interna deberán ser idénticas a las del turno libre e, incluso, en supuesto de pruebas

“lamentablemente” ni la ley ni la jurisprudencia han definido el alcance de este concepto jurídico indeterminado. Buena prueba de ello es que esta misma sentencia consideró que las cuestiones retributivas derivadas de la aplicación del complemento de destino si forma parte del derecho esencial, razonamiento que fue anulado por la STSJ Navarra 7-9-2001, que no lo consideró así.

⁵⁰ En concreto, tal estructura se considera *“como principio esencial que rige en el ámbito de la función pública –principios esenciales que se desprenden de la legislación estatal y que por ende son de aplicación también en el ámbito funcional de esta comunidad foral, por más que no se enuncien expresamente en el EPAN...”* (STSJ Navarra 20-9-2002).

restringidas –en concreto el denominado *ascenso* de auxiliares administrativos a oficiales administrativos- supone la realización de pruebas selectivas.

Sin embargo, la supresión del proceso selectivo como tal, sustituyéndolo por una integración directa, *ad personam* en muchos casos, rompe ese marco de reconocibilidad, utilizando los términos de la STC 140/1990, que modula el régimen estatutario de los funcionarios públicos, máxime si se tiene en cuenta que la referida sentencia declaró inconstitucionales determinados preceptos del Reglamento de Elecciones a los órganos de representación de Navarra por factores mucho menos significativos, pero integrantes del mencionado marco de reconocibilidad, como son la restricción de determinados derechos y la quiebra del principio de igualdad en relación a otras funciones públicas estatales o autonómicas⁵¹.

Retomamos aquí la cuestión planteada en el apartado V.2: ¿es de aplicación a Navarra la doctrina constitucional de que la CE establece con carácter general un régimen funcional? La respuesta ahora ya no tiene la importancia que pudo tenerla en la década de los ochenta y noventa, cuando Navarra optó por la laboralización y luego por la funcionarización, sin ampararse o justificarse en la doctrina de la STC 99/1987. De hecho, hay datos que permiten valorar que el legislador navarro se planteó si tenía competencia o no para modificar la tendencia laboralizadora de 1984 o la funcionarizadora surgida de la Ley de 1988. Ello aconteció en un primer momento en el ámbito sanitario, al mantenerse criterios dispares entre las leyes forales que regulaban el personal sanitario y la Ley General de Sanidad. La doctrina foralista navarra ha basado su competencia en la LORAFNA y en el tantas veces citado art.49.1.a. Para ésta, la elección del modelo laboral o funcional forma parte de la competencia exclusiva de Navarra: optar por uno u otro es el ejercicio de

⁵¹ Así, en concreto, consideró que la restricción en el requisito de elegibilidad en las elecciones, en relación al previsto en la norma estatal, era inconstitucional porque se apartaba del derecho de los funcionarios de fuera de la Comunidad y forma parte del derecho esencial de los mismos reconocido por la legislación básica estatal. Igualmente, que la duración del mando de los delegados y miembros de las Juntas de Personal fuera de 2 años, frente a los 4 de la ley estatal, también afectaba a los derechos esenciales de los funcionarios, por lo que fue considerado inconstitucional y nulo. (FJ 5º, letras b) y c).

un acto de autogobierno basado en la capacidad autorreguladora de la Comunidad Foral, que ostenta competencias exclusivas sobre la cuestión⁵².

Nuestro criterio es, sin embargo distinto: en base a lo expuesto, y también al referente a la unidad constitucional, entendemos que el criterio básico de régimen funcionarial es también de aplicación en Navarra; ello no impide que, al igual que el resto de Comunidades Autónomas, a través de Ley foral se establezcan un número de puestos o funciones, con mayor o menor amplitud, a favor del derecho laboral. Pero si el Parlamento navarro legislara en el sentido de que el personal laboral fuese mayoritario en la función pública navarra o que, incluso, se desvirtuara tanto la presencia del funcionariado que se rompiera la garantía institucional que tiene reconocida por la Constitución de 1978, la competencia exclusiva de la LORAFNA quebraría no sólo los límites del art.49.1.a, sino también el de la unidad constitucional que a continuación analizaremos. Por consiguiente, retomando la cuestión planteada en el apartado V.2, puede aceptarse que la razón principal, indubitada, del proceso de funcionarización o integración en Navarra no ha sido, para el legislador de la Comunidad, la doctrina emanada de la STC 99/1987, pero desde el punto de vista jurídico, abstracción hecha de la voluntad política, debe ser esa, y no otras, la razón de fondo, básica y esencial, que permite también en Navarra funcionarizar su personal laboral y estatutario, siempre respetando los límites fijados, cosa que a nuestro juicio no ha sucedido.

b) El segundo límite es el de la unidad constitucional, que supone garantizar el principio de unidad en España. ¿Cuáles son tales principios y valores cuya disolución suponen la quiebra de la unidad constitucional?. La propia doctrina administrativa navarra, nada sospechosa de antiforalismo, los ubica con claridad: el Título Preliminar de la Constitución (fundamentalmente, arts.1, 2 y 9), el Título I al completo, el Título III y los Títulos VI y IX. Es un límite general que se refiere a derechos, principios y reglas constitucionales, así como títulos competenciales, de tal manera que las leyes navarras no pueden suponer

⁵² ALLÍ FERNÁNDEZ-CIRIZA ARÍZTEGUI: “*El proceso de funcionarización...*”, ob.cit., pág.125.

interpretaciones que no se avengan a la Constitución, como Ley de Leyes que es⁵³, entendiéndose con claridad por parte de la doctrina que Navarra está sometida de forma “*absoluta*” a los preceptos constitucionales situados fuera del capítulo III del Título VIII de la Constitución⁵⁴. Entre ellos, sin lugar a dudas, el art.23.2 de la CE pero también el art.103.3 del texto constitucional, e incluso –en lo que pueda afectar a la función pública, aunque prevalezca el primero de los citados- el art.14.º) y en ese sentido, la propia doctrina administrativa navarra señala que por significativa que sea la calificación estatutaria de una competencia, el elemento clave es averiguar si la competencia foral está sometida o no a condicionamientos constitucionales: entre estos se ubican, de forma indubitada, los derechos fundamentales⁵⁵. Esta conclusión puede mantenerse sin lugar dudas incluso desde la perspectiva de la doctrina administrativa más reciente no foralista, que ha establecido, no sin críticas a la misma, que la foralidad navarra está constreñida no por todo el texto constitucional –esto es, incluso más allá del Título VIII- sino por la ha venido a denominarse “*Constitución substancial o principal*” en base al también denominado “*constitucionalismo útil*”. Esta tesis, mantenida en los últimos años con carácter minoritario⁵⁶, centra ese carácter substancial o principal en los principios fundamentales de la CE⁵⁷ y coincidiría también con la doctrina foral según la cual la regulación funcional propia de Navarra está limitada por la unidad constitucional y por una parte de la legislación básica estatal, que es tanto como afirmar que el límite se constituye por las reglas materiales constitucionales y por la esencialidad del régimen estatutario funcional⁵⁸. En todos ellos entendemos incluidos, sin lugar a dudas, el art.23.2 y 103.3

⁵³ En este sentido, con claridad se posiciona LARRUMBE BIURRUN, Pedro Maria: “*El personal al servicio de la Administración local de Navarra*”. RJN, núm.7/1989, insistiendo en el acceso a la función pública a través de convocatoria, ya sea por oposición o concurso-oposición.

⁵⁴ LOPERENA ROTA, Demetrio: “*Autonomía foral...*”, ob.cit., pág.1652.

⁵⁵ PÉREZ CALVO, Alberto, en “*Manual de...*”, ob.cit., pág.114.

⁵⁶ Formulada, entre otras obras, por HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑÓN, Miguel, en “*Derechos históricos y Constitución*”. Taurus. Madrid, 1998. Una reflexión valorativa y crítica a la misma puede consultarse en CORCUERA ATIENZA y GARCÍA HERRERA, “*La constitucionalización...*”, ob.cit., págs.86 y siguientes

⁵⁷ HERRERO Y RODRIGUEZ DE MIÑÓN, Miguel: “*Derechos históricos...*”, ob.cit., pág.286.

⁵⁸ RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: “*La función pública de Navarra: aspectos competenciales y evolución*”. RJN núm.41, 1995, pág.289.

de la Carta Magna y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre su aplicación en los procesos selectivos de carácter restringido y la proscripción de las integraciones directas.

Por consiguiente, el acceso a la función pública y la provisión de puestos de trabajo forman parte de los aspectos que integran la noción de unidad constitucional y, consiguientemente, suponen un límite infranqueable a la competencia foral sobre funcionarios públicos⁵⁹; es más, la doctrina navarra resalta que el ingreso a la función pública foral debe llevarse a cabo *“bajo los mismos principios básicos que establece la Constitución para el ingreso en cualquier Administración Pública, los principios de igualdad, mérito y capacidad...”*⁶⁰, sin que el concurso haya sido acogido como fórmula posible, limitándose el EPAN solamente a la oposición y el concurso-oposición, difiriendo en ello del sistema estatal. Si el concurso no ha sido adoptado, con mayor precisión puede señalarse la ilegalidad de la integración directa. Para el Tribunal Constitucional, no es posible que el legislador autonómico transgreda, aunque sea de forma temporal y excepcional, los límites que la CE impone a su libertad de configuración normativa y menos cuando ello supone la quiebra de un derecho fundamental como es el de la igualdad en el acceso de todos los ciudadanos a las funciones públicas (STC 302/1993); y aunque tal pronunciamiento no fue emitido en relación a Navarra, lo creemos plenamente aplicable, pues el mismo Tribunal señala que la *“igualdad de trato que en el Estado de Derecho constituye, desde la perspectiva institucional, uno de los fundamentos objetivos del orden jurídico que aquél reclama, en cuanto es un ineludible corolario de la igualdad ante la Ley, frente a los sistemas vigentes en organizaciones históricas anteriores, donde eran frecuentes toda clase de restricciones por diversas causas e, incluso, la compraventa y patrimonialización de los oficios públicos”*, posición esta que ha venido confirmada por la aplicación indubitada del art.23.2 y del art.103.3 de la CE por otros pronunciamientos del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y del TSJ de Navarra en procedimientos judiciales en los que estaba en juego el principio de igualdad y

⁵⁹ RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio: *“La función pública..”*, ob.cit., págs.262 a 264. Con idéntico criterio se manifiesta RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María en *“El sistema estatutario...”*, ob.cit., pág. 69: *“la adquisición de la condición de funcionario requiere la superación de las correspondientes pruebas selectivas....”*. Sin embargo, al plantear la cuestión de la funcionarización, y más específicamente el proceso de integración directa, ambos autores soslayan cualquier referencia a la legalidad de la fórmula. Planteamiento común a la doctrina administrativa navarra.

⁶⁰ RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a en *“Manual de...”*, ob.cit., pág.286.

mérito en el acceso a la función pública navarra⁶¹, destacando la expresiva dicción de la sentencia de 25-1-2000 del juzgado de lo contencioso-administrativo de Pamplona según la cual, la integración automática o negociada *“es una situación del todo punto excepcional, que no sólo no está prevista en la legislación que regula el ingreso en la función pública sino que es contraria a los principios que la informan...”*.

Esta consideración se refuerza por la propia inserción de la Comunidad Foral en el estado autonómico. A Navarra le son aplicables, como a cualquier otra Comunidad, los principios que rigen el Estado autonómico y sus principios fundamentales, de entre los cuales destacan el principio de igualdad de derechos y obligaciones de los ciudadanos, en base al art.139.1 CE; y si bien esa igualdad no supone una rigurosa y monolítica uniformidad del ordenamiento jurídico, en términos expresados por la doctrina constitucional, sí que lo es, y con carácter absoluto, en relación con los derechos y libertades fundamentales⁶²; por consiguiente, el proceso de funcionarización debe interpretarse y aplicarse de conformidad con la Constitución, y ésta deroga o deviene inconstitucional todo aquello que se oponga a ella, criterios ambos a los que debe someterse el derecho foral, incluido el regulador de este peculiar proceso: *“los principios constitucionales y sus instituciones jurídicas serán los instrumentos hermenéuticos a utilizar para la interpretación del Amejoramiento y sus desarrollos particularizados”*⁶³.

La respuesta al problema planteado, pues, es sencilla, y nos basta retomar la STC 302/1993, comentada en la primera parte (capítulo tercero): la inconstitucionalidad de las disposiciones de función pública que suponen la integración automática del personal

⁶¹ Aunque en ningún caso con la rotundidad que la mencionada sentencia de primera instancia contenciosa se expresa, por cuanto no se ha planteado ninguna cuestión de inconstitucionalidad en torno a esta integración automática, son diversos los pronunciamientos de diversos órdenes jurisdiccionales que aplican con total plenitud el principio derivado del art.23.2 de la CE en el acceso a la función pública navarra. Así, la STS 3-11-1996, relativa a un concurso-oposición celebrado por la Diputación Foral de Navarra vincula los principios de igualdad y mérito con los principios de justicia y servicio público y la STC 50/1986 de 23 de abril, relativa a un proceso restringido de promoción interna de la Diputación Foral proclama la indudable garantía derivada del art.23.2 a que todos los ciudadanos puedan acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.

⁶² PÉREZ CALVO, Alberto, en *“Manual de...”*, ob.cit., pág.68.

⁶³ LOPERENA ROTA, Demetrio: *“Autonomía foral...”*, ob.cit., pág.1654.

contratado en un nuevo régimen funcional, y que lesiona el art.23.2 de la CE. Añadiríamos a ello una reflexión aportada por el voto particular de la STC 140/1990 y que pese a no integrarse en el parecer mayoritario creemos que tiene un máximo y pleno valor: no pueden alegarse derechos históricos de ningún tipo que puedan atentar o contrariar el orden democrático. La LMRFP establece que el acceso a la función pública se efectuará en base a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, y si bien ello se ha modulado en las pruebas restringidas, no ha supuesto en modo alguno la supresión de un proceso de selección. Este proceso, por sí mismo, que también reconoce el EPAN o la Ley reguladora del régimen específico del personal del Servicio Navarro de la Salud⁶⁴ integra el Estado de Derecho, es un “*desarrollo de principios, valores y derechos constitucionales*”, que sirven para “*configurar una función pública adaptada al orden democrático...*”.

V.3.- Funcionarización y respeto al ordenamiento laboral.

No mantenemos dudas sobre la inconstitucionalidad e ilegalidad de las previsiones que establecen la integración obligatoria de los trabajadores excedentes, si desean reingresar en la Administración navarra, como funcionarios.

Constitucionalmente, corresponde al Estado, como competencia exclusiva, la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art.149.1.7 CE). No se exceptúa a la Comunidad Foral de Navarra y entendemos que cualquier intento de encajar una hipotética atribución sobre la extinción de la relación laboral al amparo del art.49.1 de la LORAFNA que atribuye la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas es improcedente, por cuanto se refieren a la contratación administrativa, y no a la laboral; tampoco un presunto encaje en la competencia exclusiva en materia de derecho civil foral (art.48.1), porque en modo alguno el derecho del trabajo, y en concreto el régimen del contrato de trabajo, su vigencia y su suspensión, puede derivarse al citado precepto. Además, desde la perspectiva constitucional, el acceso a la función pública se configura como un derecho fundamental de los ciudadanos, y la normativa foral lo establece como una obligación, para ese supuesto

⁶⁴ Art.30 y siguientes de la LF 11/1992 de 20 de octubre.

específico, con dudoso resultado para quien no desee la integración: ¿extinción del contrato de trabajo en suspenso? ¿pervivencia de la situación de excedencia voluntaria? ¿integración *ex lege* contra la voluntad del afectado?.

Desde el punto de vista de la legalidad ordinaria, la colisión entre la norma navarra y el ET es absoluta. El trabajador excedente tiene un derecho preferente de reingreso en una plaza vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera en la Administración. Ese derecho no puede ser cercenado por la existencia de un proceso de funcionarización (*vid.* en esta segunda parte, capítulo sexto); la norma autonómica supone una derogación del art.46.5 del ET, por lo que infringe el ordenamiento jurídico laboral y es contraria al reparto competencial fijada en los arts.148 y 149 de la CE.

Por último, la colisión acontece igualmente con las normas propias de Navarra: el primer EPAN de 1983 señalaba que el personal contratado en régimen laboral se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, las disposiciones específicas que se dicten y los convenios colectivos que se acuerden, sin perjuicio de las peculiaridades del carácter público del servicio (art.95); en idéntico sentido, el art.96 del vigente EPAN, con total rotundidad, señala que el personal laboral de todas las Administraciones públicas navarras se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, las disposiciones específicas que se dicten y por los convenios colectivos, sin perjuicio de las peculiaridades del carácter público del servicio; finalmente, y para no reiterarnos, idéntica dicción acoge el art.2 de la LF 11/1992 sobre el personal del Servicio Navarro de la Salud. El ET corresponde como competencia exclusiva al Estado, al igual que las disposiciones específicas que se dicten; la negociación colectiva no puede ser *contra legem* (como así ha acontecido, en nuestra opinión, en la negociación colectiva pública navarra⁶⁵) y la peculiaridades del carácter público del servicio, ampliamente estudiadas por la doctrina laboral, permiten reformular algunas cuestiones, fruto de la jurisprudencia o de la propia ley, como sería el caso de la excedencia voluntaria por incompatibilidad, los trabajadores indefinidos no fijos o los límites a los incrementos

⁶⁵ Así nos parece, en efecto, al analizar el CC supraempresarial de la Comunidad Foral de Navarra y sus OOAA más reciente. En concreto, en el régimen de excedencia, transforma la excedencia forzosa por elección a cargo público en un símil de la funcional situación administrativa de servicios especiales (art.46 del CC), amplía el régimen de la excedencia voluntaria –art.47, lo cual nos parece plenamente legal- e instituye una excedencia forzosa –art.46 del CC- que rompe la estructura fijada para la misma por el ET.

retributivos, pero en modo alguno en el derecho español positivo, la jurisprudencia o la doctrina, han establecido una especificidad tan singular que permita a la Administración negar el reingreso de un trabajador excedente –aún que por medio se sitúe un proceso de funcionarización- si existe plaza de igual o similar categoría, o imponer la condición de funcionario a un trabajador reingresado; esta tesis, que mantenemos sin lugar a dudas, no fue aceptada en un primer momento por la doctrina judicial navarra, que se negó a plantear cuestión de inconstitucionalidad al respecto y razonando que era una “*condición más beneficiosa para los excedentes voluntarios*” y validando que la funcionarización se llevara a cabo a través de una simple petición de reingreso (STSJ Navarra 25-1-1996), pero en tiempos más recientes, el mismo Tribunal, si bien en su sala social –el anterior pronunciamiento era de la sala contenciosa- ha afirmado con toda claridad que la exigencia de reingresar como funcionario es una limitación a los derechos laborales reconocidos en el ET y un quebrantamiento de la propia ley de función pública foral que establece la sujeción de los empleados laborales al Estatuto de los Trabajadores (STSJ Navarra 20-7-2001).

CAPITULO SEXTO.

APROXIMACIÓN A LAS CONSECUENCIAS DIRECTAS DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO SOBRE EL NUEVO VÍNCULO FUNCIONARIAL Y SOBRE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUBSISTENTES.

I.- INTRODUCCIÓN.

A lo largo de esta tesis nuestro principal objetivo ha sido plantear las cuestiones relativas a los aspectos constitucionales del proceso de funcionarización, a la estructura y análisis del marco legal, reglamentario y convencional que lo ha articulado y las circunstancias que afectan al complejo proceso selectivo que para ello se ha instituido, con especial mención no sólo al procedimiento *strictu sensu* sino también a los aspectos subjetivos y temporal del mismo, así como también una aproximación a la técnica legislativa empleada por el legislador estatal y autonómico para encarar tal proceso.

Sin embargo, aunque el proceso de funcionarización finaliza con la toma de posesión del nuevo funcionario, su especial singularidad se expande más allá: la relación funcional que ha nacido no es pura e incondicionada; tampoco lo es cuando un nuevo funcionario accede a otro Cuerpo o Escala por promoción interna o acredita servicios efectivos en una anterior Administración, pero en la institución jurídica aquí estudiada, la afectación de la previa condición de laboral del nuevo funcionario mediatiza algunos aspectos de su nuevo vínculo. En otras palabras, el previo estatus laboral alcanza a afectar a su nuevo régimen estatutario.

Por otro lado, aunque en teoría el trabajador no funcionarizado, por que no ha participado en el proceso o no lo ha superado, tiene garantizada la permanencia en su puesto de trabajo y las expectativas de carrera profesional, son diversos los interrogantes que al respecto surgen, dado que la Administración en la que presta servicios ya no es, desde el punto de vista de la distribución de sus recursos humanos, la misma: la funcionarización implica, necesariamente, un incremento del peso específico de los funcionarios en detrimento de los trabajadores, que pueden pasar a formar un colectivo más reducido e incluso residual o a extinguir.

No es voluntad de este último Capítulo de la presente tesis efectuar un análisis *in extenso* de tal régimen jurídico, que podríamos denominar Estatuto particular de los nuevos funcionarios y Estatuto particular de los trabajadores no funcionarizados. Se escapa del objetivo central de nuestra investigación, especialmente en cuanto al marco jurídico de los trabajadores no funcionarizados. Pensemos, al respecto, que todo un amplio abanico de circunstancias se materializan tras finalizar el proceso de

funcionarización: un colectivo de trabajadores que no han participado o no lo han superado permanecen en sus puestos, con complejas expectativas laborales hacia el futuro, con una garantía reconocida legalmente de que se cumplan las que sean de índole de promoción profesional, lo cual es sólo una pequeña parte de todo un posible análisis: el hipotético futuro ejercicio por parte de la Administración de las facultades de *ius variandi*, de movilidad geográfica y funcional, de modificación de las condiciones de trabajo, la aplicación de causas de extinción tanto por razones colectivas (art.51) como por causas objetivas (art.52), la afectación en los órganos de representación unitarias y sindicales del personal laboral y en las normas convencionales, etc. Igualmente, para el nuevo funcionario, o mejor dicho, para el colectivo de trabajadores funcionarizados, surgen todo un conjunto de circunstancias que merecerían un análisis detallado: el engarce con su futura carrera profesional, y la afectación que su nuevo estatus supone para los restantes funcionarios del mismo Cuerpo y Escala, la composición de los órganos de representación unitaria y sindical, la influencia o afectación del hipotético Pacto o Acuerdo de condiciones de trabajo preexistente, el régimen de situaciones administrativas en que puede incurrir el trabajador funcionarizado, al darse una clara disintonía entre las situaciones (servicio activo, excedencias y suspensiones contractuales) del personal laboral y el régimen de situaciones administrativas en que deberá incluirse una vez funcionarizado. Todo ello queda, dada su extensión, *extra muros*, del presente trabajo.

Sin embargo, consideramos que esta tesis doctoral se cerraría de forma incompleta sino efectuáramos una aproximación, que creemos imprescindible como punto final, a los principales aspectos que en uno y otro caso suceden, y que se derivan con carácter inmediato en el mismo momento en que se toma posesión como funcionario. Nos referimos, por expresa previsión de la ley, a la permanencia en el mismo puesto de trabajo que se ocupaba como laboral, al derecho de garantía del nivel retributivo que se ostentaba como laboral y a la extinción de la relación laboral previa: todo ello acontece exactamente en el mismo día en que se toma posesión como funcionario. Por otro lado, en cuanto a los trabajadores que no superan el proceso selectivo o no participan, nos parece necesario efectuar una aproximación, aunque más somera que en el grupo anterior (trabajadores funcionarizados), en cuanto a su régimen de expectativas, fundamentalmente de promoción laboral, por cuanto permanecerán ocupando un puesto adscrito ya, definitivamente, a funcionario, así como el régimen de permanencia en el

mismo. Evidentemente, el marco jurídico es mucho más amplio, y prácticamente requeriría un análisis de todos los preceptos de la norma laboral, por cuanto ese colectivo, reducido en la inmensa mayoría de los supuestos, queda en situación de inferioridad numérica, cuando no jurídicamente calificado de a “*extinguir*”, situación ésta que no se resuelve únicamente con la garantía legal de permanencia en el puesto y la garantía de sus expectativas profesionales. Nos centraremos, en todo caso, en los aspectos más relevantes señalados, con un carácter de aproximación a los mismos, fruto de nuestra propia experiencia profesional y de la conflictividad judicial, denotadora ésta última que la funcionarización, como institución jurídica, comporta una dificultad jurídica que va más allá de un proceso selectivo con fecha determinada de finalización, y que consideramos necesario como elemento de cierre de este trabajo.

II.- LA AFECTACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN EL NUEVO VÍNCULO FUNCIONARIAL.

II.1.- LA PROVISIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO FUNCIONARIZADO.

Todos los textos legislativos, reglamentarios y normas convencionales analizadas parten de una consideración común: el proceso de funcionarización finaliza, en cuanto al trabajador que lo supera, con el mantenimiento de su anterior puesto laboral, ahora en la condición de funcionario.

Nos hallamos, pues, ante una fórmula *ad hoc* de provisión de puestos de trabajo, por cuanto no sólo este principio legal viene recogido para aquellos trabajadores funcionarizados que ocupen puestos de trabajo base o no singularizados, sino también para los singularizados o los que supongan algún tipo de especificidad: puestos de dirección, jefatura, mayor responsabilidad, etc., y también con independencia absoluta sobre la fórmula de provisión del mismo, ya sea bajo el régimen laboral ya sea bajo la nueva fórmula funcionarial: concurso, concurso específico o libre designación.

Es evidente que tal planteamiento legal está plenamente justificado, por cuanto la funcionarización, como proceso restringido y excepcional, tiene por finalidad adaptar el régimen jurídico del vínculo del trabajador a la nueva naturaleza estatutaria del puesto que ocupa. Una respuesta distinta desvirtuaría la finalidad constitucional de la

funcionarización si una vez adquirida tal condición por el trabajador, este debiera, de nuevo, concursar a la plaza que ocupaba por el sistema de provisión que prevea la RPT o el catálogo de puestos, con el riesgo de que tal opción no diera el resultado deseado, y el nuevo funcionario quedará expulsado de su anterior puesto de trabajo.

Esta previsión es, como ya hemos señalado, unánime en la normativa consultada, con redacción similar o idéntica a la que prevé el art.10.1 de la Orden estatal de 27 de marzo de 1991 según la cual “*el personal laboral que supere las pruebas selectivas de acceso, quedará destinado en el puesto de trabajo de personal funcionario en que su puesto se haya reconvertido.....*”, que asume la redacción, idéntica, instituida por el art.37.2 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre; la DT 10ª de la LFP Cataluña prescribe que el personal fijo “*queda destinado al puesto de trabajo de personal funcionario en que se ha reconvertido el puesto que ocupaba (....) aplicándose a todos los efectos la normativa sobre régimen estatutario*” (apartado.5º). En idéntico sentido –huelga su repetición y cita- la práctica totalidad de las normas autonómicas y locales.

Al respecto son dos las cuestiones que entendemos necesario plantear: en primer lugar, el carácter excepcional de esta fórmula de provisión, que legalmente no aparece recogida en los textos legales o reglamentarios que regulan con carácter general la provisión de puestos de trabajo y, por otro, el factor de permanencia: en éste último caso, la norma estatal y en gran medida muchas de las autonómicas establecen una obligación añadida para el trabajador funcionarizado: la permanencia por un período mínimo de tiempo en ese puesto una vez haya tomado posesión, período que tanto la legislación estatal como la autonómica catalana fijan en dos años, aunque en algún supuesto puntual se ha reducido a un período menor o bien, más común, no se hace expresa mención a tal circunstancia.

II.1.1.- La funcionarización como fórmula *ad hoc* de provisión de puestos de trabajo.

La *provisión de puestos de trabajo* es una institución jurídica que pretende dar tutela a diversas necesidades: la cobertura de vacantes en los puestos de trabajo y la gestión racional de los efectivos de personal, desde la perspectiva de la Administración, y la articulación de una parte de la carrera administrativa y del derecho de acceso a cargos y

funciones públicas, desde la perspectiva del empleado público. Son diversas, pues, las finalidades que a través de la institución pueden pretenderse alcanzar, no necesariamente todas al mismo tiempo. Por ello, nos parece adecuada la definición descriptiva aportada por la doctrina más reciente en el sentido de plantear la provisión de puestos como un procedimiento o mecanismo que el derecho de la función pública ha instituido al objeto de cubrir vacantes y reordenar los puestos de trabajo con los efectivos de personal funcionario existentes, cuando tengan la cualificación adecuada para el ejercicio de estos puestos o funciones¹, lo que implica también considerar a la institución de la provisión de puestos de trabajo desde la perspectiva de un derecho concreto del funcionario público, inserto en uno más genérico, esto es, el del desempeño de un puesto concreto y específico².

La LMRFP no establece ninguna clasificación de los diferentes sistemas de provisión, y el RGI tampoco lo hace, si bien una aproximación al mismo, y a sus homólogos de la función pública autonómica, permite señalar que el concurso y la libre designación son las formas normales y ordinarias de provisión, frente a otras fórmulas temporales – comisión de servicios y adscripción provisional- o aquellas sujetas a las necesidades del servicio, como son el traslado o la reasignación de efectivos, si bien con la tal descripción tampoco se finaliza la relación de posibilidades, por cuanto también existe la permuta.

La doctrina ha planteado una distinción básica entre la provisión en función de su origen o causa determinante y la provisión en función de su duración. La funcionarización es enmarcable en esta clasificación, pero con trazos muy singulares. A nuestro entender, debemos distinguir claramente dos momentos en la provisión de puestos de trabajo cuando un puesto ha sido afectado por su adscripción a régimen funcional y su titular se ha funcionarizado.

El primer momento supone que, por imperio de la ley, el trabajador que supera el proceso, independientemente de la mayor o menor puntuación final que obtiene,

¹ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.Xavier: “*La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*”. INAP-MAP. Madrid, 2002, pág.47.

² LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.: “*Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública – estudio normativo, jurisprudencial y doctrinal-*” Editorial Aranzadi. Navarra, 2000, pág.34.

continua adscrito, con carácter definitivo, en el puesto de trabajo afectado. Tal sistema no puede calificarse de ordinario, pues ello implicaría la simple existencia de una vacante dotada presupuestariamente a cubrir por lo general por concurso o libre designación. En nuestro caso, tal vacante propiamente no existe, está ya ocupada, por un trabajador que cambia de vínculo jurídico.

Por consiguiente, la funcionarización, como sistema de provisión, debe enmarcarse en los denominados sistemas extraordinarios de provisión, definidos como aquellos cuya utilización requiere la concurrencia de circunstancias excepcionales y distintas de la mera existencia de un puesto vacante³, si bien la doctrina no ha planteado tal singularidad en cuanto a la funcionarización y por parte de los entes públicos parece obviarse esta consideración, al entender que superado el proceso la adscripción es automática, sin mayores reparos⁴.

Las notas que caracterizan un sistema extraordinaria son diversas, y a nuestro juicio, todas ellas se dan en la funcionarización:

En primer término, como sistema propiamente dicho no puede figurar en la RPT, sino que son las circunstancias derivadas de su elaboración las que lo formalizan de forma eventual. En nuestro caso, la adscripción a funcionario de un puesto laboral, que puede ser o no ocupado por un trabajador fijo. Debemos destacar que la RPT indicará si tal o cual puesto se cubre por concurso o libre designación, con independencia del proceso: sin embargo, si su titular es un trabajador fijo, tendrá derecho al amparo de la DT 15ª LMRFP a participar en un proceso restringido cuya consecuencia será, de superarlo, su adscripción definitiva al nuevo puesto. Formalmente, puede ser que ni tan siquiera ello conste en la RPT aprobada o modificada: el derecho nace *ex lege*, y la Administración no podrá obligar a aquellos que superen la funcionarización a concursar de nuevo.

³ FERREIRA FERNÁNDEZ, A.Xavier: “*La provisión de...*”, ob.cit., pág.74. FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel, en “*Movilidad...*”, ob.cit., pág.6, se refiere a la general “*regulación jurídica confusa y deficiente de los denominados supuestos atípicos o extraordinarios de provisión de puestos*”, reflexión que extendemos a la provisión del puesto tras un proceso de funcionarización, habida cuenta que sin dudar de su carácter singular y excepcional, la norma –como criterio mayoritario- nada alcanza a prever más allá de la necesaria permanencia del empleado funcionarizado en el nuevo puesto por un plazo mínimo, generalmente de dos años.

⁴ Sólo en algún supuesto aislado hemos podido localizar una definición de tal adscripción como fórmula específica de provisión de puestos de trabajo; así, en la base duodécima de la bases de funcionarización del personal laboral de la Diputación Provincial de Salamanca (BOCyL 12-7-2002).

En segundo lugar, es un procedimiento específico, que nosotros incluimos dentro de los sistemas extraordinarios que siempre son tasados. La Administración no puede establecer nuevas formas de provisión, y la funcionarización es uno de ellos, aunque legalmente no se haya definido como tal ni la doctrina que ha estudiado los diferentes sistemas lo incluya como uno de ellos, a pesar de que relevancia y su importancia cuantitativa ha superado en la práctica a todos los legalmente existente, a excepción del concurso y la libre designación.

En tercer término, la funcionarización, como fórmula de provisión, viene motivada por una causa de naturaleza organizativa, esto es, por la existencia en la entidad pública de una circunstancia o problema específico⁵.

Debe tenerse en cuenta, al respecto, que el puesto asignado al nuevo funcionario no necesariamente es de nivel básico, sino que puede estar inmerso en cualquiera de los niveles de la Administración, incluidos los más elevados, ostentando puestos de jefatura o dirección. Sólo una circunstancia excepcional puede validar que se quiebre el sistema general de provisión de puestos de trabajo y que se de un trato preferente y privilegiado a un empleado sobre el resto de colectivo con expectativas a acceder a tal puesto: si tal circunstancia no se diera, supondría, en expresión de la jurisprudencia, un desprecio absoluto a los principios de mérito y capacidad (STSJ Galicia 25-3-1998). El supuesto de la funcionarización, en este sentido, no es extraño a nuestro derecho, como ejemplariza la LFP Cataluña: los funcionarios que han superado un proceso selectivo por promoción interna y que ocupaban de forma definitiva un puesto clasificado en las RPT como propio del grupo de procedencia, pero de contenido sustancialmente coincidente con el del puesto al cual han sido promovidos, pueden optar por permanecer en ese mismo puesto (art.60.1). En la funcionarización tal permanencia es clara, se deduce de la misma ley y del mismo objeto del proceso funcionarizador.

Las circunstancias excepcionales ya las conocemos, y a ellas dedicamos un largo análisis en la primera parte (capítulo tercero), relativo a la propia justificación

⁵ FERREIRA FERNÁNDEZ define a estos sistemas como aquellos que vienen determinados “*por el surgimiento en el seno de la organización o del servicio de unas especiales circunstancias o problemas, cuya resolución resulta imposible con los sistema ordinarios*” (“La provisión...”, ob.cit, pág.75).

constitucional del carácter restringido de la funcionarización. Destacaríamos aquí, en cuanto a la fórmula de provisión, dos particularidades: la garantía del funcionamiento normal y eficaz del servicio público, que podría verse quebrado por una reordenación de efectivos masiva o de menor alcance cuantitativo, pero ciertamente desorganizadora, si la nueva provisión fuera por los sistemas ordinarios, y el derecho reconocido por la ley al trabajador funcionarizado de continuación en el ejercicio de sus funciones o cargo anterior. No existe, pues, en la funcionarización, el otorgamiento a la Administración de una facultad discrecional: todo lo contrario. Con la funcionarización no hay ningún margen de actuación para ella, en el momento de toma de posesión del puesto, pues cualquier actuación orientada a desvirtuar la previsión de la ley sería una desviación de poder jurisdiccionalmente censurable.

Por otro lado, entendemos que tal previsión legal es perfectamente proporcionada a la finalidad perseguida, y supone que habida cuenta su finalidad de adecuación del personal a los puestos, prevalece sobre el procedimiento ordinario de provisión de vacantes y ascensos⁶. Creemos que acontece tal proporcionalidad por cuanto en primer lugar, es adecuado o congruente con el proceso de funcionarización, que es adaptar el régimen jurídico del trabajo al puesto que ocupa y no orquestar un trasvase masivo de empleados y puestos, y en segundo término, como fórmula de provisión se agota en si misma, pues se dirige únicamente a superar una situación específica e irrepetible: el trabajador funcionarizado continua en el mismo puesto anterior, ello garantiza sus derechos preexistentes como trabajador y a la ocupación efectiva, y de existir unos efectos lesivos –en especial, el impedimento que otros funcionarios puedan acceder al puesto a través de las fórmulas ordinarias- deben calificarse como menores frente a la solución racional y equilibrada que supone que los beneficios para la Administración y el empleado sean superiores que aquellos otros, pues priman los principios de eficacia administrativa y la gestión óptima de los intereses colectivos: este principio de eficacia, debe “*presidir (...) el régimen de la función pública*” (STSJ Castilla y León/Burgos 23-11-1998). La Administración es titular, en consecuencia, de potestades administrativas para organizar sus servicios de forma eficaz y en uso de esa potestad es legítimo que se instauren fórmulas excepcionales para, en unos casos, integrar el personal transferido de una entidad pública ajena a las estructuras de la Administración Pública receptora de la

⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, María José: “*La funcionarización...*”, ob.cit. pág.799.

transferencia, coordinándolo con el propio personal existente, de lo que ha sido ejemplo por antonomasia la transferencia de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas, y en esta reflexión igualmente incorporamos la adscripción de puestos de trabajo tras un proceso de funcionarización; ambos supuestos, en donde la adscripción al puesto sigue una fórmula *ad hoc* excepcional, tiene razón de ser y justificación constitucional siempre y cuando no se incurra en desviación de poder o se atente al principio de igualdad.

En otro orden de cosas, con esta fórmula se cumple también un requisito que informa la institución de la provisión de puestos de trabajo, cual es la de determinar objetivamente la idoneidad de una persona para un puesto en la Administración. Si bien el procedimiento ordinario es a través de una valoración por Tribunal, ya sea en el concurso o en la libre designación, en nuestro caso confluyen dos argumentos igualmente significativos: la lógica de la idoneidad del trabajador que ocupa el puesto funcionarizado, por cuanto lo ocupaba en régimen laboral, y la superación de un proceso, que aunque restringido, es selectivo, para la adquisición de la condición funcionarial, lo que justifica aún más el concurso-oposición como fórmula idónea, siempre –debe insistirse- sin olvidar que se trata de una interpretación progresiva de la normativa de provisión de puestos de trabajo y de ahí que concordemos con la doctrina teórica más reciente en torno a la reflexión que efectúa⁷, que no es otra que la fórmula más adecuada –ante supuestos como el presente o similares- es una interpretación realista de la normativa de provisión de puestos de trabajo, y en el caso aquí estudiado, la particular habilidad que el trabajador funcionarizado ha adquirido en su puesto, lo que es garantía objetiva de una gestión eficaz del servicio público.

Es posible plantear, finalmente, si puede acontecer una cierta colisión en la provisión excepcional derivada de la funcionarización con el art.23.2 y 103.3 de la CE. Es cierto que tales principios se aplican a la provisión de puestos de trabajo, pero con desigual intensidad si se trata del acceso a las funciones y cargos públicos o cuando ya, inserto en ellos, se desarrolla la carrera administrativa funcionarial; así, se ha validado que la Administración puede tener en cuenta en la provisión de puestos otros criterios distintos a los del mérito y capacidad (STS 28-1-1997), pero siempre “*en atención precisamente*

⁷ LORENZO DE MEMBIELA, Juan B: “*La provisión...*”, ob.cit., pág.44.

a una mayor eficacia en la organización de los servicios o a la protección de los bienes constitucionales...” (STC 192/1991) y de respeto a los principios de objetividad y razonabilidad que evitan el desplazamiento de los nuevos funcionarios, de unos puestos y centros de trabajo de destino inicial a otros (STS 11-6-1999) que a nuestro juicio se cumplen plenamente en el ámbito aquí estudiado⁸.

En todo caso, no podemos obviar una cierta doctrina jurisprudencial que ha optado por ignorar tal proceso de provisión de puestos de trabajo, como sistema peculiar y único resultante de la funcionarización, y que ha planteado la cuestión como una simple *“consecuencia jurídica insita en las pruebas restringidas (...) que no puede ser otra sino que el contratado laboral fijo que supere dichas pruebas ocupe el opuesto de trabajo de personal funcionario en que su plaza se había convertido, finalidad única de las repetidas pruebas”* (SSTS 20-3-2001, 5-4-2001 y 14-5-2001). Sin embargo, por coherencia del sistema de empleo público y habida cuenta la previsión expresa, muy general, de que tal adscripción comporta la obligación de mantenimiento en el puesto por un plazo mínimo de dos años, entendemos que la más ajustada consideración jurídica es insertar tal adscripción como una fórmula de provisión de puestos de trabajo, singularísima y *ad hoc*, eso sí, plenamente justificado constitucional y legalmente.

Dicho lo cual, debemos retomar lo expuesto anteriormente, al señalar que cómo fórmula de provisión, extraordinaria y única, se extingue con su primera aplicación. Una vez el trabajador funcionarizado toma posesión del puesto, esta provisión *ad hoc* fenece, y en modo alguno podrá volver a ser alegada por la Administración para este mismo puesto, el cual, en el futuro, se deberá proveer, de quedar vacante, a través de los procedimientos ordinarios, o extraordinarios si fuera el caso, que la legislación ordinaria prevé, pero en modo alguno por el derivado de la funcionarización. Ello cierra perfectamente el ciclo como sistema excepcional de cobertura y justifica plenamente su excepcionalidad.

⁸ Entre los pronunciamientos y decisiones judiciales que han validado tal fórmula *ad hoc* de provisión se encuentra el ATC 177/1999, la SAN de 18-10-2001 y la STS 28-1-1997, esta última afirmando que la intangibilidad del hecho de que tales puestos ya estaban ocupados por personal laboral fijo y, por tanto, con o sin funcionarización de su titular, vedados ya inicialmente a su provisión por concurso o libre designación por otros funcionarios públicos, coarta cualquier derecho que los funcionarios preexistentes al proceso de funcionarización pudieran arrogarse para optar a los mismos.

II.1.2.- El deber de permanencia en el nuevo puesto y el reconocimiento de los derechos preexistentes.

Derivados de tal provisión, se plantean por lo general dos circunstancias de gran trascendencia en la carrera profesional del nuevo funcionario: la existencia o no de un deber de permanencia mínima en el nuevo puesto y el hipotético cómputo de su historial como laboral a los efectos de carrera administrativa posterior.

Tanto la legislación estatal como la mayoría de las normas autonómicas establecen un deber de permanencia en el puesto del trabajador funcionarizado. Este deber, concretado en el art.37.2 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, para el ámbito estatal, instituye que el personal laboral que supere las pruebas selectivas no sólo quedará destinado en el puesto de trabajo de personal funcionario en que su puesto se haya reconvertido, sino que además deberá permanecer en el mismo un plazo mínimo de dos años, conforme a lo dispuesto en el art.20.1.f de la LMRFP. La legislación catalana, a través de la reforma operada por ley de acompañamiento del año 2000, también ha fijado tal plazo en la DT 10ª.5 y el modelo puede localizarse en la mayoría de las normas autonómicas⁹.

Mantenemos una fuerte discrepancia hacia ese deber de permanencia y la adopción acrítica que la normativa autónoma ha hecho del mismo. Su razón de ser se fundamenta en el referido art.20.1.f de la LMRFP, cuya finalidad es establecer un régimen de permanencia y estabilidad en la provisión de puestos, evitando que un funcionario pueda permanentemente concursar a otro puesto de trabajo distinto al conseguido, afectando con ello a la estabilidad del servicio público y a la buena continuidad del mismo. En concreto, el mencionado apartado f) indica que los funcionarios deben permanecer en cada puesto de trabajo un mínimo de dos años para poder participar en los concursos de provisión de otros puestos de trabajo.

Sin embargo, el art.20.1.f de la LMRFP establece diversas excepciones, que no aparecen en las normas funcionarizadoras. Así, tal deber de permanencia se exceptúa si el concurso es en el ámbito de una Secretaría de Estado, de un departamento ministerial

⁹ Entre otras, art.14.2 de la Ley 5/1990 de 26 de diciembre de Castilla la Mancha; DA 10ª de la Ley 16/1990 de 26 de diciembre de Presupuestos de Canarias para 1991 o DA 1ª de la Ley 10/1992 de 23 de diciembre de Presupuestos de Canarias para 1993.

en defecto de aquélla, en el supuesto de supresión del puesto de trabajo o por remoción por causas sobrevenidas, derivadas de una alteración en el contenido del puesto de trabajo llevada a cabo a través de una modificación de la RPT, que suponga una modificación de los supuestos que sirvieron de base para la convocatoria de provisión, o una falta de capacidad del funcionario para el desempeño de tal puesto a consecuencia de un rendimiento insuficiente, que no comporte inhibición y que implica ineficacia de las funciones atribuidas al puesto.

Nuestro parecer es que el deber de permanencia en la funcionarización no establece un derecho al cargo, infranqueable para la Administración, durante esos dos años; al contrario, entendemos que el art.20.1.f de la LMRFP es plenamente aplicable al nuevo funcionario, como también lo será el cese para el supuesto de que tal puesto sea de libre designación. La funcionarización, como fórmula especial de provisión del puesto, no impide el ejercicio por parte de la entidad pública de todas las facultades que la ley le atribuye. Por el contrario, el deber de permanencia juega únicamente en contra del trabajador funcionarizado, salvo las excepciones mencionadas, por que no podrá concursar a otros puestos, ya sea por la vía del concurso o de la libre designación, y ello por un mal entendido principio de estabilidad que no se justifica en este supuesto. A nuestro juicio, el período de dos años debiera computarse desde el momento en que cubrió el puesto como laboral fijo y sólo sí entre ese período más el que pueda acumular en la nueva condición de funcionario fuera inferior a los dos años darse la aplicación de la restricción; este criterio que postulan ha sido refrendado, aunque no mayoritariamente, por la legislación de empleo público autonómico¹⁰ y también por algunas bases reguladoras del proceso¹¹.

Idéntico criterio mantenemos para todos aquellos supuestos en donde la legislación de función pública requieren un período de permanencia mínima en el puesto de trabajo o,

¹⁰ El art.12 de la LFP Galicia, según redactado dado por Ley 3/2002 de 29 de abril establece que el nuevo funcionario “*podrá participar en concursos de traslados sin necesidad de permanecer dos años en el puesto en que está destinado...*”.

¹¹ Entre las más recientes, las bases reguladoras del proceso de funcionarización de Educadores de Menores de la Diputación Provincial de Segovia (Acuerdo de la Comisión de Gobierno de 4-12-2003, BOCyL 23-12-2003), según las cuales los aspirantes que superen la selección continuarán prestando servicios en sus mismos puestos, pero “*todo ello, sin perjuicio de que posteriormente puedan optar a otros puestos de trabajo de Educador de Menores que, en su caso caso, se creen o queden vacantes en otros centros, dependencias o servicios de la Corporación...*”(base segunda, punto tercero).

como es el supuesto del acceso a un cuerpo o escala superior, de permanencia mínima en el de inferior grupo de clasificación, generalmente también cifrado en dos años. En este sentido, obligar al trabajador funcionarizado a permanecer dos años para poder participar al proceso específico nos parece que instituye una distinción no justificada con el personal laboral que no se haya funcionarizado y que mantendrá todos los derechos de antigüedad a los mismos efectos, dentro de su carrera profesional como trabajador. Por ello, creemos que las garantías en las expectativas de promoción interna del personal funcionarizado deben ser como mínimo iguales a los que no optaron al proceso, lo que implica una respuesta lógica, a juicio de la escasa doctrina que ha planteado la cuestión, y que supondría establecer un principio según el cual la Administración computaría el ejercicio o desarrollo de categorías laborales idénticas en contenido funcional a los cuerpos y escalas de funcionarios, no sólo para computar el tiempo de servicios prestados a efectos de consolidación de la antigüedad mínima necesaria para la promoción interna¹² o como mérito para la provisión de otros puestos de trabajo, sino también para otros supuestos, como es el de consolidación del grado personal del funcionario¹³. Este criterio ha sido adoptado por algunas normas autonómicas, como es el caso de Navarra y Murcia¹⁴, y ha sido validado por los Tribunales, al razonar que no quiebra el principio de igualdad, con respecto a otros funcionarios, porque supone dar una solución distinta a una situación también distinta, cuál es que se trata de un proceso de funcionarización; siendo “*justa y coherente*” una respuesta legal que no reconociera tal antigüedad como laboral, también puede

¹² En este sentido se pronuncia MAURI MAJÓS, Joan, en “*La selecció...*”, ob.cit., pág.131.

¹³ Así, expresamente lo aplican en las bases de selección de la funcionarización de el área tributaria de la Diputación de Barcelona, con remisión directa del art.70.3 del R.D.364/1995 de 10 de marzo (BOP de Barcelona 17-1-1997). En sentido contrario, computándose el inicio de la consolidación a partir de la toma de posesión, la Resolución de 24-4-2002 de la Universidad de Zaragoza, cuyo art. 9 prevé literalmente que “*desde la toma de posesión como funcionario de carrera le será de aplicación, a todos los efectos, la normativa sobre funcionarios aplicable en la Universidad, comenzado a consolidar desde esa misma fecha el grado personal correspondiente al nivel del puesto...*”.

¹⁴ En cuanto a la legislación de la Región de Murcia, se prevé que los servicios prestados como laboral sirven para consolidar el complemento de destino funcional y para la participación en concursos de provisión de puestos de trabajo (art.5.4 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre, en consonancia con la DA de la Ley 6/1994 de 9 de noviembre de Cuerpos y Escalas de la Administración regional), si bien la Ley limita tal reconocimiento a efectos de promoción interna siempre que las funciones desempeñadas en su categoría laboral sean análogas al Cuerpo o Escala funcional a que se accede. La previsión de reconocimiento en cuanto al complemento de destino tiene amparo legal en la DA 3ª.5 de la Ley 5/1993 de 29 de octubre de reasignación de recursos y racionalización del gasto de la Comunidad.

calificarse de “*prudente*” y adecuada al principio de igualdad la que aquí hemos propuesto (SSTSJ Navarra 12-5-2000 y 22-10-2001).

II.2.- La garantía de indemnidad retributiva.

La segunda gran cuestión que plantea el resultado de la funcionarización es la garantía de indemnidad retributiva que con carácter también muy mayoritario las normas establecen a favor del nuevo funcionario, en relación a su anterior estatus laboral.

Evidentemente, el nuevo puesto de trabajo, funcionarial, tiene atribuidas unas retribuciones que, en cuanto a su estructura, pueden ser perfectamente distintas a las que tenía el trabajador. Mientras éste, de acuerdo con el art.26.3 del ET, percibe una retribución distribuida entre salario base y complementos salariales –agrupados en tres grupos, pero conceptuales definibles por negociación colectiva o contrato individual-, en el régimen funcionarial, y con carácter de norma básica, los conceptos retributivos vienen fijados por ley: sueldo, trienios, complemento específico y complemento de destino, más circunstancias específicas como son el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios. Aunque no son pocas las Administraciones que por vía de negociación colectiva o contrato de trabajo han asimilado los conceptos de unos u otros –o, mejor dicho, han adaptado el régimen laboral al previsto en la LMRFP-, también son numerosas en las que ello no sucede, o que bien siendo de aquella primera forma, la realidad práctica ha supuesto la creación de nuevos conceptos retributivos sobre todo a partir de los complementos salariales (nocturnidad, peligrosidad, jefatura, etc...) que en el supuesto funcionarial se concretan en el complemento específico.

Consecuentemente, el resultado de la nueva inserción del trabajador en su puesto de trabajo funcionarial conlleva:

- la necesidad de incorporar a su régimen retributivo la estructura retributiva funcionarial que se deriva de la RPT o catálogo de puestos, fundamentalmente centrada en un sueldo, fijado por ley de presupuestos y que dependerá del grupo de clasificación (A,B,C,D o E de su Cuerpo o Escala), un complemento de antigüedad, también fijado en su cuantía y cómputo por la ley estatal, un complemento de destino que se deriva del

nivel de puesto de trabajo que ocupa, en donde el margen de actuación de la Administración es mayor, pero no en cuanto a su cuantía, por cuanto desde el nivel 1 al 30, los importes son fijados por vía presupuestaria y en base a un abanico de niveles que según el grupo de clasificación pueden ocuparse fijados también por norma estatal y, finalmente, el complemento específico, cuyo monto es fijado por la Administración a través de la RPT, sin que haya norma estatal o autonómica que establezca límites económicos al mismo, pudiéndose incluso no percibir sino se acreditan las razones que según la ley lo justifican.

En cualquier caso, la especificidad del grupo de clasificación, los niveles de destino y el complemento específico es un paso previo que forma parte del proceso de elaboración de las RPT o el catálogo de puestos. Por ello, nos remitimos al capítulo correspondiente (segunda parte, primer capítulo), destacando aquí que aquel alcanzaba su importancia tanto por su influencia en el proceso selectivo como por las cuestiones retributivas que se derivan.

En cuanto a la garantía de indemnidad económica, el legislador ha pretendido evitar que la funcionarización suponga una pérdida del nivel retributivo del nuevo funcionario, cuanto menos de forma inmediata. Así, en el ámbito estatal se señala que *“sus retribuciones serán las propias del puesto de funcionario”* para, acto seguido, indicar que *“en todo caso, las retribuciones que perciba el funcionario en el puesto de ingreso no podrán ser inferiores a las consolidadas por el contratado laboral en el puesto que como tal venía desempeñando”* (art.10.2 de la Orden de 27-3-1991). Es un criterio común a las normas autonómicas, y así, la LFP Cataluña indica que se garantiza el nivel económico anterior, que suponga que entre las retribuciones como trabajador y las funcionariales haya una total equivalencia: *“deberá percibir un complemento personal (...) por importe equivalente a la diferencia entre las retribuciones del puesto de trabajo que ocupaba como personal laboral, incluidos los trienios, y las que le correspondan como consecuencia de la clasificación y la valoración del puesto de trabajo reconvertido”* (DT 12.2, según redactado dado por Ley 15/2000 de 29 de diciembre de medidas fiscales y administrativas)

Sin embargo, tal garantía de indemnidad no es en absoluto pacífica. Es cierto que se establece mayoritariamente por parte de la práctica totalidad de las normas consultadas,

y deducimos que aquellas que nada señalan también lo llevan a cabo. Pero algunas cuestiones son complejas y entendemos que es preciso analizar. En concreto, debemos plantear los siguientes aspectos:

- 1.- definir que se entiende por retribuciones consolidadas como trabajador.
- 2.- la estructura retributiva del personal funcionario: dificultades de equivalencia con el régimen laboral.
- 3.- alcance de la garantía de indemnidad: fórmula específica empleada, temporalidad o permanencia de la misma y afectación de la movilidad funcional sobre tal garantía.

II.2.1.- Retribuciones consolidadas como trabajador.

En primer término, el concepto de salario sobre el cual debemos operar es única y exclusivamente el propio del ordenamiento laboral, y no el que pueda aparecer en otros ámbitos, incluso próximos a la disciplina laboral, pero no homologables al citado ordenamiento, como es el salario desde la perspectiva fiscal o de la Seguridad Social.

En segundo lugar, hay una también una pluralidad conceptual, que las propias leyes y normas de funcionarización recogen. De forma indiscriminada, tanto las normas laborales como las normas sobre funcionarización utilizan los términos “remuneración”, “retribución”, “salario” u “obligación de naturaleza salarial”. El término más usual es el de salario, pero los otros son también empleados, y buen ejemplo es la antes citada norma catalana sobre funcionarización. A nuestros efectos, siguiendo la doctrina teórica y judicial, entendemos que todas estas expresiones son sinónimas a la del concepto legal de salario, esto es, se refieren a nociones distintas, aunque haya excepciones a tal principio general. La “común pluralidad de términos”, que revela una imprecisión terminológica, se suma el calificativo que acompaña a estos términos: salario, retribución o remuneración “mínima”, “garantizada” o, como indica la Orden Ministerial de 27-3-1991, “consolidada”. Todo ello ha implicado afirmar que la diversidad de términos y calificativos es un elemento propio y característico del régimen jurídico del salario¹⁵.

¹⁵ MOLERO MARAÑÓN, María Luisa: “Estructura y cuantía de la retribución del trabajo, capítulo XIII”, en AA.VV: “Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social”. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002, pág.2401.

En todo caso, la definición de salario que lleva a cabo el art.26.1 del ET supone la asunción de los elementos esenciales que caracterizan la prestación salarial: es una contraprestación en una relación contractual laboral. El concepto es totalizador, porque comprende a todo el conjunto de partidas económicas que cobra el trabajador del empresario, lo que no impide que sea uno o diversos los conceptos retributivos.

Ello implica una presunción, *iuris tantum*, de que toda la retribución que perciba el trabajador de la Administración sujeto a funcionarización es salario, según los términos planteados en la STS 25-10-1988, lo que supone asumir un concepto *amplio* de salario, si bien serán posible determinadas excepciones previstas por la ley y siempre que pueda probarse tal existencia (STS 12-2-1985).

En consecuencia, a la hora de plantear la cuestión en el proceso de funcionarización, el salario subsumirá todas las percepciones económicas del empleado laboral, salvo que haya prueba que acredite que se trata de una de las excepciones previstas en el art.26.2 del ET¹⁶; lo que percibiera el trabajador funcionarizado es salario y corresponderá a la Administración probar que tal o cual concepto económico no tiene naturaleza salarial, traslado de la carga de la prueba a la que deberá someterse la entidad pública (STSJ Andalucía 26-7-1996).

El segundo aspecto sobre el cual debemos centrarnos es en la estructura salarial del trabajador funcionarizado. La ordenación del salario del empleado público viene determinada por la negociación colectiva de la respectiva Administración o, en su defecto, por el contrato individual: una u otro establecerán la estructura del salario (art.26.3 ET). En aquellas Administraciones en donde tal estructura es equivalente a la del personal funcionario, esto es, que partan de una estructura según grupos de clasificación y que se atribuyan los mismos conceptos retributivos e importes iguales referidos a la Ley de Presupuestos, la complejidad de adaptación será infinitamente menor y la garantía de indemnidad será mucho más clara en su plasmación específica.

¹⁶ No tienen la consideración de salario las cantidades derivadas de indemnizaciones o suplidos por gastos realizados a causa de la actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones por traslados, despidos o suspensiones contractuales.

Por el contrario, en aquellos supuestos –numerósísimos- en que no haya tal equivalencia, o esté más o menos desvirtuada, la traslación será ciertamente compleja.

Desde el punto de vista jurídico, todo trabajador de una Administración Pública percibe un salario constituido por dobles conceptuales: el denominado salario base y los complementos salariales. La ley no permite otros componentes.

En el primer supuesto, el salario base, éste aparece de forma obligatoria. Es el eje central de la estructura salarial del trabajador público, lo que no implica que su monto sea el más importante. No necesariamente el importe mensual del salario base coincidirá, al contrario, con el salario previsto por la ley de presupuestos para cada grupo de clasificación funcionarial. El salario base podrá ser fijado por unidad de tiempo o de obra (art.26.3 ET): en el primer supuesto, será una cuantía fija que percibe el trabajador de la Administración según una referencia temporal concreta –día, mes, año-, y que depende de la clasificación profesional del trabajador, ya sea a través del grupo o la categoría. Supone ello que trabajadores de diversas categorías o grupos laborales pueden percibir salarios base diferentes, pero una vez se integren en la condición de funcionario, si el grupo de clasificación es idéntico, el salario –no llamado técnicamente “base”- será idéntico, por exigencia de la Ley de Presupuestos¹⁷.

La negociación colectiva de las Administraciones Públicas opta, de forma prácticamente unánime, por el salario base por unidad de tiempo, siendo anecdóticos los supuestos de unidad de obra, que implica que la cuantía se determina según el resultado obtenido por el trabajador público en su prestación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que lo destacable para calificar a una partida retributiva como salario base no es la descripción nominal, sino la realidad: ello supone que en el convenio colectivo o contrato de trabajo se establezcan denominaciones distintas, tales como salario, salario base, o complementos de índole diversa (complemento convenio, complemento mensual, etc...) que tendrán todos ellos naturaleza jurídica de salario base si su razón de ser es la retribución por unidad de tiempo.

En cuanto a los complementos salariales, son tres los grupos posibles:

¹⁷ Para el año 2004, la Ley 61/2003 de 30 de diciembre de PGE regula en su art.25.1.a) los importes por el concepto de sueldo y trienios de los cinco grupos de clasificación establecidos en el art.25 de la LMRFP.

a) complementos personales, que vienen fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador. Dependen de una cualificación personal o profesional del empleado. En las Administraciones Públicas españolas, el complemento personal por excelencia es el de antigüedad, cuya cuantía no tiene porque ser equivalente al complemento por igual concepto percibido por los funcionarios.

b) complemento por trabajo realizado. Dependen del aspecto material del trabajo que lleve a cabo el trabajador público. Pueden ser numerosísimos, fundamentalmente agrupados en complementos de puesto de trabajo y complementos de cantidad y calidad del trabajo.

En los complementos de puesto de trabajo, la negociación colectiva pública incluye al complemento de jefatura o mayor responsabilidad, penosidad, toxicidad, peligrosidad, trabajo nocturno o cualquier otro supuesto en donde se tenga en cuenta las características del puesto de trabajo o el modo de llevar a cabo la actividad profesional. Entre los complementos de cantidad y calidad podemos ubicar las primas, incentivos, o cualquier otro supuesto que dependa de una mejor calidad del trabajo efectuado o de su mayor cantidad. Su equivalente, en el ámbito funcional, se articula a través del único complemento específico, si bien con muchas reservas que hacen compleja una traslación literal.

c) complemento según los resultados y situación de la Administración Pública. Es una fórmula prototípica del mundo laboral privado, pues dependen de los beneficios o incrementos de valor de una empresa, de ahí que habitualmente se concrete en una paga o participación de beneficios, de difícil encaje en el ámbito funcional.

En el segundo supuesto, los complementos salariales, estos pueden darse o no en la retribución. En todo el art.26.3 del ET establece tres tipos de complementos salariales y su hipotética consolidación, factor este último muy importante a la hora de efectuar la traslación al régimen retributivo funcional y la garantía de indemnidad.

Se entiende por complemento consolidado aquel que es permanente o inextinguible, cuanto menos en principio, aunque se experimenten cambios en el desarrollo de las

funciones que desarrolle el trabajador. El carácter consolidable o no de un complemento dependerá de la negociación colectiva o, en su defecto, del contrato individual. Ambos instrumentos serán nuestras referencias básicas, por ser los que el ET instituye como normas en el sistema laboral español. No es extraño así, que en los convenios colectivos de entidades públicas que aplican un sistema retributivo idéntico al funcional en cuanto al grado personal y complemento de destino por el desempeño continuado durante dos años, o interrumpido durante tres, de un puesto de nivel de destino superior al grado consolidado; pero también es bien cierto que una gran mayoría de normas convencionales públicas siguen esquemas muy distintos a sus homólogos funcionariales.

Si el Convenio Colectivo o el contrato de trabajo nada instituyen sobre la consolidación, debemos remitirnos a las previsiones del art.26.3 del ET, según el cual, no son consolidables los complementos que estén sujetos al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. Ello permite comprobar que el ejercicio de un puesto de trabajo de jefatura, por citar un ejemplo, en la Administración Pública por parte de un trabajador, no supone consolidación de parte o total de ese complemento, en tanto que para un funcionario sí podrá acontecer, a través del desarrollo de un puesto de mayor nivel de destino.

La consecuencia de lo anterior es que los complementos vinculados al trabajo realizado y a los resultados de la empresa están vinculados, en cuanto a su cobro, a las circunstancias objetivas en el desarrollo del puesto de trabajo; si cambian las funciones, la percepción podrá verse modificada o desaparecer.

Es importante, pues, a la hora de establecer tal carácter consolidable o no una aproximación primera a lo que prevea el convenio colectivo o en su defecto el contrato de trabajo y, en ausencia de estos o por una regulación parcial, remitirse a la norma estatutaria laboral. En todo caso señalar, que la jurisprudencia es especialmente restrictiva en la aplicación del carácter consolidable de los complementos, incluso cuando así lo prevé la norma convencional, pues exige que la consolidación o garantía de mantenimiento, en supuestos de movilidad funcional, ya sea ordinaria o extraordinaria (cambio de puesto de jefatura, ausencia de peligrosidad, etc..) debe estar

expresada en el texto del Convenio de forma “*clara e inequívoca, pues las excepciones deben interpretarse restrictivamente y las cláusulas equívocas deben interpretarse según el art.1286 del Código civil en el sentido más acorde a la naturaleza del objeto del contrato, y siendo el contrato de trabajo de carácter sinalagmático es claro que las retribuciones asignadas a determinadas circunstancias concurrentes en la prestación de trabajo no deben abonarse cuando estas circunstancias son inexistentes*” (STS 7-7-1999).

Por el contrario, aparecen como complementos generalmente consolidables los denominados personales, fundamentalmente la antigüedad, pues son vinculados a la persona del trabajador, lo que implica que su cambio de puesto de trabajo o de sus funciones, de forma temporal o definitiva, no le afectarán, de tal manera que le seguirán a lo largo de su relación laboral, independientemente del ejercicio del puesto o su clasificación profesional.

II.2.2.- La estructura retributiva funcionarial: la dificultad de equivalencia con el régimen laboral.

Sin duda tal régimen jurídico laboral, excepción hecha de que por vía convencional o contractual se haya trasladado con absoluto mimetismo la estructura funcionarial a la laboral –y aún así, ello es difícil de que se mantenga en el tiempo, por la tendencia, bastante irrefrenable, de crear algún que otro complemento salarial fruto de circunstancias específicas o de pactos en la negociación colectiva-, no es coincidente con el establecido para todos los funcionarios estatales (con excepciones, fuerzas armadas, guardia civil, cuerpos y fuerzas de seguridad, administración de justicia, etc.), autonómicos (excepto en la Comunidad foral de Navarra), local y universitaria.

Brevemente, señalaremos en una primer aproximación, que los conceptos retributivos actuales de los funcionarios se dividen en retribuciones básicas, complementarias y las indemnizaciones por razón de servicio, división legal que no oculta, como luego tendremos ocasión de plantear, la existencia de otros conceptos no clasificables.

Como retribuciones básicas debemos indicar el sueldo, los trienios y las pagas extraordinarias, en tanto que las complementarias son el complemento de destino, el complemento específico, la productividad y las gratificaciones extraordinarias.

El sueldo es una cantidad prefijada por la Ley de Presupuestos según el grupo de clasificación a que corresponda el Cuerpo, Escala, clase o categoría funcional. Es idéntico para todos los funcionarios de España, con algunas excepciones lógicas (Fuerzas Armadas, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, entre otros) y con la singularidad de Navarra, que tiene su específica estructura retributiva en éste y otros conceptos. Será, por tanto, una primera dificultad a la hora de establecer una equivalencia con el personal laboral, en donde la negociación colectiva o el contrato de trabajo pueden fijar, libremente, un salario base sin restricción alguna.

Los trienios consisten en una cantidad atribuida a cada uno de los cinco grupos por tres años de servicio en la función pública. El importe de cada uno de ellos y la fórmula de cálculo viene igualmente prefijado por la norma estatal, que además obliga al reconocimiento de la antigüedad de los servicios prestados en cualquier otra Administración pública, incluida la funcionarizante, en régimen administrativo o laboral. Por el contrario, la antigüedad es un concepto que puede o no puede existir en el régimen laboral: de existir, puede no coincidir en cuanto a su importe y fórmula de cálculo; de no existir, el trabajador funcionarizado verá incrementada su nómina, por cuanto sus servicios como laboral serán reconocidos al amparo de la ley¹⁸ y, por tanto, perfeccionará unos determinados trienios.

Las pagas extraordinarias son dos al año, por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad de sueldo y trienios, más un 40 por 100 del complemento de destino – según normativa aprobada con efectos de 1 de enero de 2004 por la Ley 61/2003 de 30 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado (art 19.2., segundo párrafo, y art. 25.1.b)¹⁹-. También aquí puede haber una importante disfunción con el régimen laboral,

¹⁸ Ley 70/1978 de 26 de diciembre sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública. Por Real Decreto 1461/1982 de 25 de junio se dictaron las normas de aplicación de esta ley, para el ámbito estatal.

¹⁹ Hasta el 31 de diciembre del 2002, las pagas extraordinarias de los funcionarios públicos no incorporaban más que el sueldo y los trienios, sin ninguna referencia al complemento de destino. El

pues es muy usual que la negociación colectiva pública reconozca las referidas pagas extras por un importe equivalente a una paga ordinaria²⁰. También las fechas de devengo vienen prefijadas por ley (el primer día hábil de los meses de junio y diciembre), lo que tampoco coincide habitualmente con el régimen laboral.

El complemento de destino es una cantidad atribuida a cada puesto de trabajo de funcionarios en razón de un determinado nivel (del 1 al 30) que tengan atribuido. La fijación del nivel del puesto viene derivado de la RPT, previo análisis y valoración del puesto y permite establecer un cierto juego de consolidación de grados personales en función del desempeño de niveles superiores.

El complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad, penosidad, dirección o jefatura, etc. Sólo puede asignarse un monto mensual o anual de complemento específico por puesto de trabajo, como también puede asignarse ningún importe; en el primer supuesto, el cálculo comprenderá una o diversas circunstancias. Ello lo diferencia en gran medida del régimen laboral, en donde los complementos salariales pueden ser diversos, con denominaciones prefijadas por convenio colectivo o contrato de trabajo.

La dificultad de traslación en la práctica será evidente en cuanto a los complementos salariales del personal laboral y su equivalencia con el complemento de destino y complemento específico. Piénsese, por ejemplo, que un único complemento de jefatura de un trabajador, en la RPT puede verse concretado con un determinado nivel, que da a pie a un determinado complemento de destino y a uno de los elementos integrantes de su complemento específico.

art.25.1.b) de la Ley 52/2002 de 30 de diciembre de PGE para 2003 incorporó a las pagas extras un 20 por 100 de tal complemento.

²⁰ Aunque en el ámbito estatal, parece deducirse del redactado de la Ley que ello no debiera ser así, al establecerse, mediante un críptico redactado de la norma, un incremento de la paga extraordinaria del personal laboral equivalente al funcionarial: *“asimismo, la masa salarial del personal laboral experimentará el incremento necesario para hacer posible la aplicación al mismo de una cuantía anual equivalente a la que resulte para los funcionarios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en los dos párrafos anteriores del presente apartado...”* (art.19.2, último párrafo).

Finalmente, tres conceptos cuya aplicación supondrá menos dificultades: el complemento de productividad, que retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa del funcionario; las gratificaciones extraordinarias, que retribuyen el equivalente a las horas extras del personal laboral y las indemnizaciones por razón de servicio.

Ello comportará una importante conclusión: no necesariamente el nuevo puesto de trabajo de personal funcionario tendrá asignadas unas retribuciones básicas y complementarias que en importe total mensual o anual sean iguales a las que se obtenían con el mismo puesto como laboral; además, la estructura misma de tales retribuciones pueden producir fuertes desencajes, más a veces formales que materiales, pero igualmente existentes²¹. Todo ello obligará a aplicar un principio, previsto en las leyes funcionariales, que establece una garantía de indemnidad retributiva, a fin de que el trabajador funcionarizado no sufra una pérdida económica total global, cuanto menos para un primer momento tras su toma de posesión.

II.2.3. Alcance de la garantía de indemnidad.

La problemática, en absoluto menor, aparece cuando la legislación de funcionarización establece una garantía de indemnidad retributiva para el nuevo funcionario, en el sentido de garantizarle determinados niveles retributivos (en principio, el mismo que tenía en su anterior situación laboral, pues desempeñará el mismo puesto, generalmente por un período mínimo de dos años). Deben tenerse en cuenta, en el estudio de esta garantía dos notas fundamentales:

²¹ Disfunciones evidentes cuando se pasa de un salario base fijado por convenio colectivo o contrato de trabajo por otro preestablecido por ley, por lo común inferior en el ámbito público a aquellos primeros. Igualmente, la dificultad de adaptación en el régimen de reconocimiento de la antigüedad, en donde la pérdida económica puede ser evidente, al ser no pocos los convenios colectivos o prácticas ordinarias en donde la antigüedad de los trabajadores se calculan en base a un porcentaje sobre el sueldo total a percibir, siendo escasísimas las Administraciones que hayan suprimido por vía de convenio el cómputo de la antigüedad. El desglose de determinados complementos salariales, percibidos bajo epígrafes únicos, pero claros (complemento de peligrosidad, complemento de jefatura, complemento de nocturnidad, etc..) en dos únicos posibles: el de destino y el específico, con un régimen singular de consolidación del primero, ciertamente lento, y la no consolidación del segundo, conllevan también una dificultad añadida en la necesaria función *pedagógica* de explicación y no sólo jurídica de su concreción del traspaso retributivo del antiguo al nuevo régimen jurídico.

1) el puesto de trabajo reclasificado como funcionario tendrá asignada unas retribuciones, que constan en la RPT, según la lógica y la norma funcional: un sueldo derivado del grupo de clasificación (A,B,C,D y E, según un importe prefijado para todas las Administraciones por la Ley presupuestaria), un grado personal que dará pie a un complemento de destino determinado, que dependerá en cuanto a su monto también de la Ley de Presupuestos estatal y un complemento específico, que podrá constar o no, pues no todos los puestos de trabajo lo tienen asignado. Estas serán las retribuciones que percibirá el nuevo funcionario, entendidas como derivadas de su puesto de trabajo. A ello se añade el complemento por antigüedad, denominado “*trienios*” en la legislación de función pública, por la prestación de servicios en cualquiera Administración pública, bajo régimen funcional o laboral, con unos importes prefijados también por la ley estatal presupuestaria.

Es muy factible, pues, que la funcionarización implique un cambio total o parcial de la anterior estructura retributiva laboral, excepción hecha de los muy pocos supuestos en que el mimetismo retributivo, vía convenio colectivo, fuera idéntico, y que la hipotética consolidación también siguiera las reglas funcionariales.

2) la segunda nota es que no existe un régimen homogéneo de garantía de indemnidad en nuestro sistema de funcionarización, habiendo optado el Estado por una redacción en su legislación que ha sido modulada, cambiada o transformada en la legislación autonómica, normas reglamentarias e incluso en las bases y convocatorias efectivas. Ello nos permite formular nuestra tesis de que tal garantía de indemnidad no es total, salvo excepciones, por cuanto la garantía es, en principio, inicial, pero con fórmulas que dan pie a una pérdida modulada o progresiva de la misma a lo largo del tiempo.

Del estudio llevado a cabo, podemos establecer la siguiente doble clasificación de garantías de indemnidad retributiva, si bien con una consideración a nuestro juicio significativa: más que un doble modelo lo que acontece es una pluralidad de posiciones frente a lo que vendríamos a denominar “*estabilidad*” o “*permanencia*” de la garantía, esto es, si tal garantía se extiende indefinidamente en el tiempo o se ve acotada por un espacio temporal específico, generalmente vinculado al ejercicio del puesto funcionarizado.

a) garantía de indemnidad retributiva en cuanto a las retribuciones consolidadas como personal laboral en el puesto desempeñado.

Esta es la opción que el art.10.2 de la Orden de 27-3-1991 establece para el ámbito estatal, pero se trata a nuestro juicio de una garantía ambivalente. Literalmente, las retribuciones que percibirá el funcionario en el puesto de ingreso “*no podrán ser inferiores a las consolidadas por el contratado laboral en el puesto que como tal venía desempeñando*”²², aunque normas autonómicas han empleado términos mucho más imprecisos, como es el supuesto de la LFP Extremadura, que únicamente garantiza la disminución de “*ingresos*” (DT 3^a.3). La ligazón entre retribución consolidada y puesto desempeñado nos parece incongruente: más bien, la garantía se extendería, en una interpretación integradora del derecho laboral, ya expuesto, y del régimen retributivo funcionarial, de garantizar el nivel retributivo que por convenio colectivo o contrato de trabajo tenía consolidado en función de su categoría o grupo profesional (esto es, el salario base) más aquellas otras retribuciones que pudieran estar consolidadas derivadas de complementos personales o aquellos otros que, por circunstancias derivadas del Convenio o contrato, también sean consolidadas y en este sentido, por ejemplo, la DT 2^a.4 *in fine* de la Ley 1/1999 de 4 de marzo de modificación de la LFP Castilla-La Mancha extiende la garantía a la disminución en el cómputo anual de las retribuciones consideradas fijas, periódicas y de devengo mensual.

Sin embargo, entendemos que la poco afortunada redacción estatal va más allá: la garantía supondrá que aunque el antiguo-nuevo puesto de trabajo funcionariado implique, a través de las RPT, un nivel retributivo total inferior al anterior como laboral, la Administración le garantiza al trabajador funcionariado, y en tanto en cuanto lo continúe desempeñando, el mismo monto retributivo. La justificación de esta ambivalencia cabría buscarla, quizá, en la dificultad de definir lo que se entiende por retribución consolidada desde la doble perspectiva del derecho del trabajo y del derecho de la función pública, pues si bien es cierto que existe una equivalencia entre las retribuciones laborales y funcionariales que, desde una lógica laboralista, corresponden a retribución por unidad de tiempo (sueldo base/sueldo) más la antigüedad

²² Tal redactado literal ha servido de modelo para otras normas, de rango autonómico. Así, entre otras, el art.7 del Decreto 69/1994 de 17 de marzo de funcionarización del personal de la Junta de Comunidades de Castilla y León.

(complemento por antigüedad / trienios) y pagas extraordinarias, mucho más complejo es cuando se trata de complementos derivados del puesto de trabajo, pues el derecho laboral permite un margen amplísimo de actuación (convenio colectivo, contrato de trabajo y, en defecto de ambos, el ET), en tanto que el derecho de la función pública el complemento específico no se consolidara en ningún caso y sí, limitadamente, el complemento de destino.

Esta garantía, entendemos, no es permanente: dependerá de la efectiva prestación de servicios en ese puesto, y no otro. La adscripción a otro puesto distinto en el futuro supondrá que se pierde la garantía retributiva en cuanto a aquel puesto y únicamente se conservan aquellas derivadas de una consolidación vía convenio colectivo o contrato de trabajo más los complementos personales consolidados, aunque también se prevén regulaciones específicas que, en todo caso, y con independencia del nuevo puesto, se garantizan una retribución mínima idéntica a la percibida anteriormente como laboral, pese a la movilidad funcional o geográfica resultante²³.

b) garantía retributiva total en función del puesto laboral ocupado, transformado en laboral.

Con mayor claridad expositiva, es la opción que asume la DT 12.2ª, según redactado dado por art.12 de la Ley 15/2000 de 29 de diciembre, de reforma de la LFP Cataluña. En este supuesto, la garantía implica que el funcionario percibirá un importe equivalente a la diferencia entre las retribuciones del puesto de trabajo que ocupaba como laboral, incluidos los trienios, y las que puedan corresponderle como consecuencia de la clasificación y valoración del puesto reconvertido. Es significativo que tal garantía no constaba en el texto reformado en 1994 ni en la ley refundida de 1997.

La fórmula catalana destaca porque supone considerar diversos aspectos, que la norma estatal obvia: en primer lugar, que la RPT que adscribe un puesto de laboral a funcionario implica, más allá de un simple cambio de régimen jurídico de aquel puesto, una imprescindible clasificación y valoración del puesto, tal como defendimos en la

²³ Tal garantía se instituye en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de las Islas Baleares de 19 de octubre de 2001 (apartado 10.7, BOIB 30-10-2001).

primer aparte (capítulo primero) de esta tesis; en segundo lugar, que la garantía alcanza al total de las retribuciones que se percibían en el puesto laboral, independientemente de su carácter consolidado o no; y finalmente, no necesariamente de menor importancia, la garantía de percepción del importe por complemento de antigüedad, generalmente de superior cuantía en los convenios colectivos laborales que los previstos para los funcionarios en la Ley de Presupuestos.

Toda esta garantía se articula a través de un “*complemento personal transitorio*”, que sin embargo, tiene también la calificación de “*absorbible*”. La DT.12.2 no señala los términos en que se concreta tal absorción, por lo que procederemos a analizarla a continuación.

II.2.4.- El real alcance de la articulación de la garantía retributiva: el denominado “*complemento personal transitorio*” (CPT).

El CPT es un complemento retributivo específico, que no se integra en ninguna de los dos grupos de conceptos retributivos ordinarios de la función pública: retribuciones básicas y complementarias, y de ahí que doctrinalmente se le clasifique bajo el epígrafe de “*otros conceptos retributivos*”, como pueden ser los incentivos, las indemnizaciones por razón del servicio, las retribuciones en especie (fundamentalmente, la vivienda), los premios en metálico, los pagos compensatorios del IPC, la ayuda familiar, las indemnizaciones por residencia o las ayudas por comida²⁴.

In strictu sensu, el CPT es una consecuencia del principio de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos, diseñada para que el funcionario no se vea sujeta a pérdidas retributivas tras la aprobación inicial o modificación de una RPT (STS 14-4-1992). La misma jurisprudencia incide en este carácter, como propio de los funcionarios, al calificar al CPT como fórmula para conseguir que “*los funcionarios que pudieran resultar perjudicados económicamente por consecuencia del nuevo régimen retributivo, mantengan su capacidad económica*” y la doctrina lo califica como una aplicación en el ámbito retributivo de los funcionarios del principio de irretroactividad

²⁴ MANZANA LAGUARDA, Rafael: “*Derechos y deberes...*”, ob.cit., págs. 88 a 110.

de las normas restrictivas de derechos²⁵. A nuestro entender, los CPT están diseñados más desde una lógica pre y post funcionarial, esto es, que afectan a quien ya era funcionario y que a consecuencia de un cambio en el régimen retributivo, puede verse afectado con posterioridad, generalmente derivado de un proceso de integración de unos cuerpos y escalas en otros distintos, o la más habitual de aprobación inicial de una RPT.

La finalidad de un CPT, reiterada anualmente por la Ley de Presupuestos, es que se apliquen como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo sistema retributivo –así aconteció tras la promulgación de la LMRFP de 1984-, por lo que fue el art.13.3 de la Ley 50/1984 de 30 de diciembre de PGE para 1985 el que los definió, indicando que serían absorbidos progresivamente por cualquier mejora retributiva, incluidas las derivadas de cambio en el puesto de trabajo, si bien limitando tal mejora a unos determinados conceptos, de los que quedaron excluidos los trienios, el complemento de productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios; excepción plenamente lógica, habida cuenta el carácter personal de los primeros y la singularidad de los segundos.

A pesar de toda esta lógica, el CPT ha sido la fórmula empleada en los procesos de funcionarización, tanto estatales como autonómicos, universitarios y locales. Sin embargo, la razón de fondo, aunque similar no es idéntica. No se trata de establecer una garantía a favor del funcionario por un cambio de régimen en la retribución, sino en garantizar a un trabajador fijo un determinado nivel económico cuando asuma la condición de funcionario. Ello no acontece en ningún otro supuesto y la razón de tal garantía cabe buscarla en la propia excepcionalidad del proceso funcionarizador y en el interés objetivo de la Administración de que cuantos más trabajadores se funcionaricen más y mejor se cumplirá la reserva a funcionarios de los puestos así calificados en las RPT. A través del CPT se incentiva la funcionarización, pues de otro modo no cabría aplicar *ex lege* un CPT en base a las normas ordinarias, pues el acceso de un laboral a un cuerpo o escala funcionarial, y que ello implique pérdida retributiva aunque desempeñe idéntico puesto, no está configura como uno de los supuestos de garantía del CPT diseñado por la Ley 50/1984.

²⁵ MANZANA LAGUARDA, Rafael: “Derechos y deberes...”, ob.cit., pág.105.

Pero existe una segunda justificación, que supone una ósmosis entre los derechos consolidados en la esfera laboral y en el derecho administrativo. Las leyes de funcionarización no desconocen que el régimen estatutario de los funcionarios supone que están sometidos a normas que regulan sus derechos y obligaciones en cada momento histórico, pudiendo ser modificadas y por ello aplicadas en función del estatuto jurídico vigente en cada momento; sin embargo, lo que también acogen es un reconocimiento de determinados derechos adquiridos en la previa esfera laboral, por un lado, y del nivel retributivo –consolidado o no- del empleado laboral al momento de funcionarizarse: estas leyes especifican, en nuestro ámbito, lo que es una doctrina consolidada en el estricto ámbito funcional, cual es que sólo argüir como derechos consolidados los de orden económico o los referidos al contenido de la función a llevar a cabo.

Ello nos permite señalar la singularidad del CPT en los supuestos de funcionarización, pues si por definición éste es un complemento con el cual el legislador pretende respetar las situaciones jurídicas nacidas bajo un régimen funcional y retributivo, que puede verse afectado en su cuantía a menos²⁶, en el proceso de funcionarización tal respeto no lo es respecto de una relación funcional sino laboral.

En el momento presente, la Ley 61/2003 de 30 de diciembre de PGE para 2004 establece que los CPT se rigen por su normativa específica y por lo que dispone la propia ley de presupuestos, pero ya fija en primer término que no se verán afectados por los incrementos retributivos (2 por 100, para el año 2004) fijados en aquella (art.21.1.c). Esa normativa específica es la señalada en 1984 por el art.13.3 de la Ley 50/1984 que hemos de entender de aplicación a los procesos de funcionarización, salvo disposición legal expresa en otro sentido. Ello implica, que un CPT es absorbible, por cualquier mejora retributiva, incluidas las derivadas del cambio de puesto de trabajo, pero manteniéndose las excepciones fijadas en el art.13.3 y que el momento presente aparecen reproducidas en la DT 6ª, último párrafo, *in fine*, de la Ley 61/2003 de 30 diciembre.

²⁶ CASTILLO BLANCO, Federico A: “*El sistema retributivo en la función pública española*”. Marcial Pons. Madrid, 2002, pág.278.

Por consiguiente, en el trabajador funcionarizado, en el ámbito estatal, el CPT podrá verse absorbido anualmente y, además, no se verá incrementado por las revalorizaciones porcentuales fijadas para los restantes conceptos retributivos; no compartimos en este sentido las valoraciones efectuadas por un sector de la doctrina según la cual el CPT derivado de la funcionarización es fundamentalmente injusto porque no supone previsión alguna de absorción futura e instaura una discriminación evidente con los restantes funcionarios²⁷. Por otro lado, está plenamente justificada jurídicamente tal absorción y el no correspondiente incremento anual, pues la finalidad es conservar globalmente el monto de las retribuciones percibidas en la anterior condición de laboral, pero no puede alegar un mantenimiento indefinido o su actualización, pues ello supondría, desde la perspectiva administrativa, una “*petrificación*” de la relación funcional a un momento dado, el de la toma de posesión del trabajador funcionarizado, obstaculizando su desarrollo futuro y haciendo caso omiso a las diversas circunstancias cambiantes que en el devenir de la relación funcional pueden condicionar la actuación de la entidad pública (por todas STS 26-10-1994 y 4-10-1996)

Sin embargo, en la funcionarización debe aplicarse también una cierta garantía en la absorción, consistente en que el futuro cambio de puesto de trabajo no implique, por si mismo, la desaparición del CPT, pues ello supondría la inamovilidad forzosa del trabajador funcionarizado, que ante la perspectiva de pérdida económica, no concursaría ni desearía ver mejorado su estatus profesional, si ello implica tal pérdida. En este sentido, la DT 6ª. segundo párrafo de la Ley 61/2003 establece que en los cambios de puestos de trabajo que pudieran suponer disminución retributivas, se mantendrá el CPT, a cuya absorción se imputará cualquier mejora retributiva ulterior, incluso las que se deriven de un cambio de CPT.

Igualmente, al CPT por funcionarización deben aplicarse los límites de absorción fijados en la ley presupuestaria: los incrementos retributivos que anualmente se fijen por Ley de Presupuestos sólo se computaran en el 50 por 100 de su importe, en base al sueldo, referido a catorce mensualidades, el complemento de destino y el complemento específico. Sólo una excepción a este régimen, que nos parece claramente

²⁷ CASTILLO BLANCO, Federico A: “*El sistema...*”, ob.cit., pág.164; MANZANA LAGUARDA, Rafael: “*Derechos y...*”, ob.cit. págs.106-107.

discriminatorio: si el trabajador funcionarizado presta servicios en el extranjero, verá absorbido su CPT según las reglas expuestas, pero tal CPT quedará suprimido si cambia de país de destino (DT 6ª.3 Ley 61/2003).

Con este complejo sistema, el CPT acredita una doble función en el proceso funcionarizador: por un lado, sirve de garantía en el objetivo de evitar el agravio comparativo entre trabajadores funcionarizados, que en caso contrario perderían nivel retributivo, y trabajadores que no optaron o no superaron el proceso, que sí tienen garantizados ese nivel retributivo; pero, a su vez, sirve también, a través del régimen de absorción, evitando su mantenimiento indefinido, de límite a otro tipo de agravio: el que acontece entre los trabajadores funcionarizados y aquellos otros funcionarios que ingresaron en el cuerpo o escala por un procedimiento de acceso libre o promoción interna. La absorción evita tal agravio y permite que unos mismos puestos, a la larga, se vean retribuidos de forma igual, con independencia de que lo ocupen funcionarios afectados en su momento por el art.15 y la DT 15ª de la LMRFP y funcionarios de otro origen (STS 2-12-1994). No obstante, no en todos los supuestos, incluso *contra legem*, se ha previsto tal régimen de absorción, quebrando la propia definición del CPT como transitorio: ello se ha llevado a cabo a través de las bases de las convocatorias o de la negociación colectiva, con limitaciones parciales²⁸ o totales a la absorción del CPT²⁹, lo que supone en la práctica la consideración de éste como una retribución fija, incluso revalorizable³⁰.

²⁸ El CPT no es absorbible en aquello que implique diferencias económicas por el concepto de antigüedad para el personal funcionarizado en la Universidad de Zaragoza, aunque no revalorizable (BOA 10-5-2002); el mismo criterio es seguido por la Resolución de 9-9-2002 de la Universidad Rey Juan Carlos (acuerdo noveno, apartado tercero, BOCM 16-10-2002); por el contrario, el carácter de absorbible se aplica al CPT por antigüedad del personal laboral del área tributaria de la Diputación de Barcelona, pero no así en los restantes CPT, que son no absorbibles y además son revalorizables, garantizándose así siempre una preeminencia económica derivada de la antigua condición de laboral.

²⁹ Se prevé el carácter no absorbible en ningún caso del CPT resultante del proceso de funcionarización del Ayuntamiento de Azpeitia, aprobado por Pleno de 6-3-2003 (apartado noveno, BOP Gipuzkoa 19-3-2003), que incluso institucionaliza su actualización anual; con idéntico régimen jurídico, el CPT previsto por el Pleno de 30-11-1998 de la Cuadrilla de Laguardia-Rioja Alavesa (BOTH de Álava 29-1-1999). En otros supuestos, parece desprenderse de forma indirecta, al no señalarse el régimen de absorción ni tan sólo calificar al CPT como tal, sino simplemente como retribución garantizada (Resolución de 4-10-2002 del Ayuntamiento de Benatae, base octava, BOP de Jaén 30-10-2002).

³⁰ Así, en la base novena del Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Usurbil se prevé la absorción pero también su actualización (BOP de Gipuzkoa 23-5-2003).

II.3.- El vínculo laboral del trabajador funcionarizado: pervivencia o extinción.

Finalizado el proceso de funcionarización y para el supuesto más común de que el trabajador tome posesión de su puesto de funcionario, cabe plantearse en que situación queda su vínculo jurídico laboral. Dos son las opciones legalmente posibles: el pase a la situación de excedencia voluntaria, que por aplicación del art.3 y 10 de la Ley 53/1984 y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 13-12-1990), podría ser calificada de voluntaria por incompatibilidad, con un carácter suspensivo de índole extraordinaria, por derivarse de la Ley de Incompatibilidades y no del ET (STSJ Baleares 13-10-1999) y por consiguiente sin plazo máximo de duración o, la extinción del vínculo laboral de manera definitiva.

Nuestro parecer es que la opción más coherente, en base a los principios que informan el proceso funcionarizador, es que la nueva condición de funcionario supone la extinción de la relación laboral previa, y no su suspensión.

La opción por la excedencia voluntaria parece minoritaria en la aplicación práctica y en el cuerpo normativo de la funcionarización. Así, el art.8 *in fine* de la Ley 1/1996 de 28 de abril de la Comunidad Valenciana establece el pase a la situación de “*excedencia automática*”.

La extinción del contrato de trabajo ha sido incorporada por normas legales, reglamentarias³¹, normas colectivas o paccionadas³², y muy especialmente, a través del texto de las bases o convocatoria específica de funcionarización.

Ambas respuestas jurídicas pueden ser correctas, si bien a nuestro juicio, la más adecuada es la segunda, por las razones que a continuación exponremos.

³¹ Así, art.10.1 *in fine* del Decreto 163/1998 de 15 de septiembre de la Comunidad de Aragón o art.5.3 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de la Región de Murcia; Real Decreto 1055/2002 de 11 de octubre que regula las funciones y la integración en el Cuerpo Especial Facultativo de Marina Civil (art.5, en aplicación de la Ley 27/1992 de 24 de noviembre de Puertos del Estado y de la Marina Mercante).

³² Entre otros muchos, art.35 del Acuerdo entre la Diputación General de Aragón y los sindicatos para modernizar y reordenar la Administración aragonesa de 24 de junio de 1996 (BOA 28-6-1996).

La excedencia implica una suspensión contractual –aunque no toda la doctrina está de acuerdo con este carácter propiamente de suspensión-, bajo requerimiento de unos requisitos mínimos de antigüedad en la empresa y de fijeza de la relación laboral, concediéndose por un plazo no menor a dos años y no mayor a cinco (art.46.2 ET).

Su finalidad es la de evitar que el trabajador encuentre determinados impedimentos a la hora de tomar decisiones de tipo familiar, profesional o personal, como es el supuesto de ocuparse en otro trabajo o actividad. Frente a la opción de la extinción del contrato de trabajo, la suspensión que se deriva de la excedencia voluntaria permite aquilatar o disminuir el riesgo de la decisión, aún a pesar de que la excedencia voluntaria únicamente establece una expectativa de reingreso para el supuesto que, pedido el reingreso, exista vacante de igual o similar categoría; de ahí que un sector de la doctrina no la considere propiamente suspensión contractual, sino una figura próxima a esta, configurándose en este juicio como un premio a la antigüedad en la empresa³³.

Entendemos que la finalidad y contenido de la excedencia voluntaria no casa con el proceso de funcionarización, por cuanto acontece una auténtica colisión de esos fines, aun desde la única perspectiva de la excedencia voluntaria, criterio que nos lo reafirma desde la siguiente óptica, la voluntaria por incompatibilidad.

La excedencia voluntaria por incompatibilidad se derivaría de la realización de más de una actividad, en este caso una en régimen laboral y otra en régimen funcionarial, dentro del sector público, situación ésta prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, salvo muy contados supuestos, en que la Administración debe declarar la compatibilidad de actividades. Si ello último no acontece, y se accede a un nuevo puesto en la Administración, incompatible con el que se venga desempeñando, el empleado público deberá optar por uno de ellos dentro del plazo de toma de posesión. De no efectuarse tal opción, la norma presume que se opta por el nuevo puesto, produciéndose el paso del afectado a la situación de excedencia voluntaria respecto del puesto que desempeña (art.10 Ley 53/1984). Esta excedencia voluntaria por incompatibilidad es un supuesto muy singular y diferente de la simplemente voluntaria por interés particular,

³³ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio, en “*Tratado Práctico...*”, ob.cit., capítulo XII “*Ordenación del tiempo de trabajo*”, pág.844.

por cuanto aquella primera se impone obligatoriamente al trabajador, si bien, en contrapartida, aunque sólo otorga al trabajador afectado un simple derecho de reingreso preferente si hubiera un puesto vacantes de igual o similar categoría, no tiene plazo de vencimiento, en tanto en cuanto el empleado continúe en servicio activo en el nuevo puesto de trabajo.

De optar por este criterio, para el trabajador que supera un proceso de funcionarización implica que a partir de la toma de posesión, su inicial y único vínculo laboral ha pasado a ser doble: una relación laboral en situación de suspensión y un vínculo jurídico funcional en servicio activo –o en posteriores situaciones administrativas que a lo largo del tiempo puedan acontecer-. No es esta la finalidad de la funcionarización, sino todo lo contrario, más que validar el nacimiento de una nueva relación jurídico *ex novo* y sin antecedentes, el proceso de funcionarización supone partir de un vínculo laboral preexistente, validar un procedimiento selectivo excepcional y de máxima restricción en la participación, con un claro objetivo: armonizar o, en expresión literal de algunas leyes, *adaptar* el vínculo laboral a la clasificación del puesto como funcionario por aplicación de la correspondiente Ley de Función Pública.

Nos parece contradictorio que un proceso tan singular y de tan difícil encaje con los arts.23.2 y 103.3 de la CE pueda permitir el nacimiento de una relación funcional y la pervivencia de la anterior laboral; al contrario, entendemos en buena lógica, que las razones que amparan la excedencia voluntaria, y más específicamente, la voluntaria por incompatibilidad, quiebran en el supuesto aquí analizado. El trabajador no ha optado al ingreso a un cuerpo o escala funcional a través de un sistema de promoción interna, o libremente en función de su también libre decisión, en cuanto a sus intereses profesionales, como es el caso del trabajador fijo de una Administración que opta al ingreso en un Cuerpo o Escala funcional de esa misma Administración; al contrario, la ley le permite con carácter restringido participar en una prueba selectiva *ad hoc*, para adaptar su vínculo y así dar cumplimiento a la nueva adscripción funcional de su puesto de acuerdo con la doctrina emanada de la STC 99/1987. Además, la ley parte de la consideración que el nuevo funcionario se incorpora con unas determinadas condiciones, fundamentalmente la garantía de permanencia en el mismo puesto de trabajo que ocupaba y una garantía de indemnidad retributiva, en base a su condición de laboral. Esta extensión del vínculo preexistente a la nueva relación funcional permite

afirmar que aquel debe extinguirse, para que el nuevo nazca, matizado o modulado. Por consiguiente, a nuestro juicio, la respuesta jurídica no puede pasar por la excedencia, en ninguno de sus supuestos, sino por la extinción del vínculo laboral preexistente y el nacimiento de uno nuevo, funcionarial.

Esta posición ha sido incorporada a la funcionarización del personal laboral de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales; un cierto vacío normativo se deriva de la legislación estatal, si bien entre la normativa más reciente también se opta por ello, estableciéndose con mayor claridad un triple supuesto³⁴:

a) imposibilitando el pase a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad del contrato de trabajo del empleado funcionarizado, cuando el nuevo puesto de funcionario se corresponde en cuanto a categoría y nivel retributivo al anterior puesto de laboral. La pervivencia del vínculo laboral, si así lo requiere el trabajador, impide formalizar la toma de posesión y supone la renuncia a la condición de funcionario de carrera.

b) a la inversa, tampoco se permite, si se trata del mismo puesto, que se tome posesión como funcionario y a continuación se solicite la excedencia por incompatibilidad como tal, continuando en la condición de trabajador. Si se desea tal última circunstancia, igualmente debe renunciarse a la funcionarización.

c) una única excepción a esta regla general prevé la norma estatal: si no hubiera correspondencia exacta entre categoría y nivel retributivo laboral y funcionarial, será posible tomar posesión como funcionario, pasar a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad y continuar vigente el vínculo laboral. Por el contrario, si la opción es a favor de continuar la prestación de servicios como funcionario, la normativa impone la “*baja*” como personal laboral, término que entendemos equivale a extinción del vínculo y no a la suspensión.

Pese a esta triple posibilidad, en la práctica, la funcionarización supone la extinción del vínculo laboral, por cuanto precisamente su fundamento es el desempeño de un puesto

³⁴ Art.5 del Real Decreto 1055/2002 de 11 de octubre que regula las condiciones de funcionarización del personal laboral de la Administración marítima.

adscrito a funcionario, y la continuación en el mismo del trabajador afectado, por un período mínimo de dos años, según la normativa mayoritaria. Solamente la hipótesis de una dificultosa adaptación entre la categoría o grupo laboral y el Cuerpo o Escala funcional cabría el juego de la excepción mencionada, pero aún así es más que dudoso que no haya correspondencia entre puesto laboral y funcional desde la perspectiva de la categoría y régimen retributivo, por cuanto en la primera la normativa establece la tabla de equivalencias –y siempre será más amplia la cobertura de un Cuerpo o Escala, de carácter general, que una categoría específica, por lo que en aquel podrán incluirse pluralidad de categorías o incluso grupos sin mayor dificultad, al venir definidas las funciones del Cuerpo o Escala por norma legal o reglamentaria- y en cuanto al régimen retributivo, la ley estatal y autonómica establece siempre una garantía de indemnidad, que prácticamente cierra las posibilidades a una funcionarización que suponga pérdida de “*nivel retributivo*”.

Esta segunda opción de la extinción de la relación laboral es la que determinadas normas legales y reglamentarias han optado pero, muy especialmente, las bases de las convocatorias. Mientras en aquellas primeras se ignora en no pocas ocasiones la problemática, la mayoría de las bases consultadas establecen esa consecuencia, articulándose al amparo del ET.

Tres son las posibilidades que el Estatuto de los Trabajadores nos ofrece, basadas en el art.49.

En el primer supuesto, el art.49.1.b ET establece que son causas de resolución laboral las consignadas válidamente en el contrato: su fundamento es la autonomía de la voluntad, siempre que no constituyan abuso de derecho. Sin embargo, creemos que esta no es la fórmula más apropiada, tanto porque requiere una voluntariedad que impide que pueda estar específicamente prevista en una norma –y ello acontece a menudo en la funcionarización- como por el hecho de que deben pactarse en el contrato, bajo la nota de la incertidumbre, esto es ante un hecho futuro e incierto, o pasado pero ignorado (STSJ Cataluña 13-9-1993). La doctrina y la jurisprudencia, a la hora de validar cláusulas de este tipo, no parece que hayan localizado ningún supuesto que, ni remotamente, pueda servir de símil al aquí expuesto; acaso someter la pervivencia del contrato a los resultados derivados de un estudio organizativo o de gestión de un

servicio (STS 28-2-1996) podría ser una figura relativamente próxima. Quizá, con mayor consistencia, si aceptáramos la tesis de que pueden haber condiciones resolutorias implícitas sin pacto escrito en el contrato³⁵, sería posible entender que la hipotética adscripción futura de un puesto de trabajo a funcionario fuese causa de resolución si el trabajador supera el proceso restringido que se convoque.

Un segundo criterio, que ha encontrado amparo en algún pronunciamiento judicial, entiende que la extinción del vínculo laboral fijo deriva del art.49.1.c del ET (“*por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato...*”). La jurisdicción andaluza ha entendido que tal sería el soporte jurídico, al considerar que la reconversión de las plazas laborales en funcionariales es un supuesto de amortización de aquellas primeras³⁶.

Al respecto, cabe señalar que el término resolutorio previsto en un contrato de trabajo es un acontecimiento futuro, objetivamente cierto, del que se hace depender la extinción, tal como expone el art.1255 del Código Civil; su diferencia, con la condición resolutoria, es que el término expresa a ciencia cierta que el contrato se extinguirá por transcurso del tiempo ya sea determinable de forma precisa (*certus an et certus quando*) o cuando no es posible, es indubitado que sucederá (*certus an et incertus quando*); en la condición resolutoria, no deba precisarse si el hecho o el acto resolutorio acaecerán. El supuesto aceptado por la STSJ Andalucía/Sevilla mencionada se ampara en un caso de término resolutorio indirecto, pues quedaría fijado por remisión al concreto objeto o causa del contrato, del que es ejemplo ilustrativo el contrato de interinidad por vacante o la interinidad por sustitución. Entendemos, sin embargo, que la STSJ confunde, pues, la funcionarización con una modalidad de interinidad en donde tal contrato se extingue por amortización.

Discrepamos por completo de tal planteamiento; en primer lugar, porque como ya expusimos en esta misma segunda parte (capítulo segundo), con la funcionarización no

³⁵ En este sentido lo plantea FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José, en “*Tratado práctico...*”, ob.cit., cap.VIII, pág.588, con el ejemplo de la anulación en vía contenciosa del concurso-oposición que determinó una contratación temporal.

³⁶ “...por tanto, la plaza de laboral (...) no tenía porque ser cubierta por medios de provisión propios de plaza laboral, sino que se amortizó por funcionarización. Todo ello supone la inexistencia de despido, concurriendo la causa extintiva ex art.49.1.c ET” (STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000).

acontece una amortización sino una transformación de la naturaleza jurídica del puesto de trabajo y, en este sentido, aunque otro orden de cosas, se ha establecido que la extinción por amortización es válida si tal amortización acontece realmente y no si las funciones del trabajador afectado se continúan realizando por otra persona (STS 14-6-1999), que en nuestro caso significativamente será la misma pero bajo vínculo estatutario; en segundo término porque la previsión del art.49.1.c del ET, aunque pueda incardinarse en una extinción por conjunta voluntad de las partes, implica previamente que el contrato de trabajo hubiere incorporado el plazo, término o, para nuestro caso, la condición resolutoria –esto es, la adscripción del puesto a funcionario- inaceptable jurídicamente habida cuenta que tal contrato fijo debió formalizarse en base a una relación de puestos de trabajo en donde la figura laboral tuviera cabida según la ley vigente en ese momento, siendo a todas luces improcedente formalizar un contrato fijo sometido a condición resolutoria para el cumplimiento *sine die* por parte de la Administración Pública de la obligación constitucional y legal de que ese puesto sea cubierto por funcionario público, pues también quebraría el principio de estabilidad para los no funcionarios, que verían resuelto su contrato de trabajo, opción no asumida ni tolerada por la DT 15ª o sus equivalentes autonómicos.

Por ello, a nuestro entender, es en el art.49.1.a del ET donde se localiza la solución de la cuestión, no sin alguna dificultad. El contrato de trabajo puede extinguirse por mutuo acuerdo de las partes: se acepta que esa resolución se asienta en la autonomía individual aunque también su contenido pueda verse tamizado por la ley o por la negociación colectiva. Permite el art.49.1.a que trabajador y Administración resuelvan el contrato de trabajo, aún sin mediar causa alguna que lo justifique, pero lo cierto es que como causa de extinción, lo habitual es que subyazca otra causa.

Este mutuo disenso implica la ruptura del vínculo laboral, bajo una coincidencia de voluntades. En nuestro supuesto, supone que el trabajador que opta a la funcionarización, y la logra, asume que su vínculo laboral preexistente se extingue en el momento en que toma posesión de su nueva condición funcional.

Como norma general, se defiende que en el mutuo disenso no tiene significación de quién es la iniciativa o la propuesta de resolución. Ello debe matizarse en la funcionarización: si la opción es la del art.49.1.a existe previamente una razón muy

clara y determinante y, además, viene prefijada ya sea por ley, reglamento o, más generalmente, por las bases de la convocatoria.

Evidentemente, la Administración no puede imponer la extinción, pues ambas voluntades deben expresarse libremente. La opción, por consiguiente, no es puramente de mutuo disenso: lo que acontece es que se subordina la efectiva consolidación de la condición de funcionario de carrera, una vez superado el proceso selectivo, a esa manifestación del trabajador de estar conforme con la opción de la extinción de su contrato. Por ello, a nuestro juicio, aunque se canaliza tal extinción a través de la fórmula del art.49.1.a del ET, creemos que estamos ante una especialidad muy singular de ese mutuo disenso, por cuanto el trabajador únicamente puede adoptar dos decisiones: mantener el vínculo laboral, con lo que pierde todos sus derechos como funcionario, o pasar por la cláusula extintiva, y tomar posesión. Efectivamente, manifiesta su voluntad, pero ello se requiere para ser funcionario.

Como hemos señalado esta referencia legal es la que mayoritariamente han adoptado las normativas de aplicación y las bases y convocatorias consultadas. No nos parece incorrecta, al contrario, plenamente válida y conforme con la finalidad del proceso de funcionarización, pero acaso nos parece también forzada, porque la coincidencia o conjunción de voluntades, que es la esencia de esta causa, está muy matizada y viene impuesta ya inicialmente por la Administración³⁷.

Las normas consultadas establecen tal extinción con carácter mayoritario, aunque en algunos casos con expresiones ambivalentes o etéreas³⁸ y en otros con una referencia expresa al art.49.1.a del ET³⁹, pero mantenemos serias dudas sobre la corrección legal de algunas fórmulas empleadas, cuando se articulan a través del texto de las bases o de

³⁷ Los textos consultados hacen evidente que la funcionarización efectiva se vincula a una extinción del contrato de trabajo sin otra opción posible.

³⁸ Así, el art.6 del Decreto 69/1994 de 17 de marzo de funcionarización de Castilla y León establece que se adquirirá la nueva condición “*perdiendo su condición de personal laboral fijo...*”). El art.5.2. del Decreto 102/1991 de 7 de noviembre de funcionarización en la Región de Murcia, ya derogado, establecía literalmente que “*quedará extinguida la vinculación laboral...*”; el art.17 del Decreto 149/2002 de funcionarización de la Comunidad de Madrid establece que “*la toma de posesión conllevará la rescisión de la relación laboral por mutuo acuerdo*”.

³⁹ Es el caso del art.45.3 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de funcionarización en la Región de Murcia, que sustituye al derogado Decreto 102/1991, anteriormente citado.

las convocatorias, opción esta muy habitual en el ámbito local, en donde se hace más evidente la falta de cobertura de una norma indubitada al respecto; así, aunque por lo general la extinción se plantea en términos generales sin mayor especificación formal⁴⁰, en otros supuestos, se obliga a formalizar un acuerdo escrito, al amparo del art.49.1 del ET de extinción del contrato antes del propio nombramiento⁴¹ –esto es, en una fase incluso anterior a la toma de posesión y juramento-, lo cual nos parece contrario a Derecho, pues el nombramiento, como acto administrativo, es un acto obligado de la Administración derivado de una propuesta del Tribunal o Comisión de selección; en el mismo sentido los supuestos en que las bases prevén, la resolución simultánea del contrato laboral para cuando se produce el acto de nombramiento⁴²: en primer lugar, porque tal extinción debería acontecer en el momento de toma de posesión del puesto y no el antecedente nombramiento, pues puede transcurrir un lapso de tiempo de incluso un mes, o más, si hay razones de fuerza mayor que impidan la toma de posesión, y en segundo término, porque unas bases selectivas no pueden establecer, *per se*, la extinción del vínculo laboral sin vincularla, cuanto menos, al art.49.1.a del ET, y con idéntica conclusión, en cuanto sólo a la primera consideración, si se prevé el acuerdo de extinción con carácter inmediatamente previo al nombramiento. En estos supuestos, la respuesta pasa por considerar que la extinción se producirá efectivamente –esto es, quedará condicionada- a la toma de posesión como funcionario de carrera⁴³, por lo que

⁴⁰ Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de León de 23 de junio de 2000 aprobando la funcionarización del personal laboral; base octava: “*los aspirantes que superen las pruebas selectivas y se acojan al procedimiento de transformación del vínculo jurídico para su funcionarización perderán la condición de personal laboral...*”, BOCyL 4-7-2002.

⁴¹ Orden de 25 de marzo de 2003 (BORM 3-4-2003) sobre funcionarización del personal laboral fijo de las Escuelas Oficiales de Idiomas de la Comunidad de Murcia (base 9.2); Resolución de la Universidad de Murcia 211/2002 de 29 de julio, base 10.4, BORM 6-9-2002).

⁴² Acuerdos del Pleno de la Diputación Provincial de Salamanca de 1-8-1997, 22-12-1997, 10-1-2000, 27-12-2000 y 18-1-2002 sobre funcionarización del personal laboral. En el sentido reseñado, *vid.* Decreto 1783/2002 de 26 de junio de la Presidencia de la Diputación (base duodécima, BOCyL 12-7-2002).

⁴³ Bases para la funcionarización del personal laboral fijo de diversos OOAA del Ayuntamiento de Cartagena (BORM 17-4-2001), siguiendo el esquema que prevé el art.5.3 del Decreto 87/1994 de 9 de diciembre de funcionarización en la Región de Murcia. A través de una “*acta única e individual*” se concreta la extinción de forma simultánea al inicio del vínculo funcional en el Ayuntamiento de Segovia (base decimotercera de la convocatoria unitaria y bases de funcionarización, BOCyL 30-9-2002); en el mismo sentido, la Resolución de 9 de septiembre de 2002 de la Universidad Rey Juan Carlos haciendo público el Acuerdo de la Comisión gestora de 30 de julio de 2002, según el cual la suscripción del acuerdo de extinción deberá efectuarse en el plazo de presentación de la documentación acreditativa por parte de los aspirantes que han superado el proceso, condicionada a la toma de posesión (art.7.2, BOCM 16-10-2002).

también es desacertado prever que el mutuo disenso puede acontecer en cualquier momento desde el acto de nombramiento a la toma de posesión⁴⁴.

En este sentido, aunque con el mismo resultado, entendemos que el legislador estatal, al regular la funcionarización, debiera haber previsto tal extinción *ex lege* para tales trabajadores, sin haber de recurrir al art.49.1.a del ET, o en todo caso, como una especificidad singular del precepto laboral de referencia. Ello no impide, insistimos, en que consideremos que la extinción del vínculo sea la respuesta más lógica y acorde con la finalidad constitucional que persigue la funcionarización y así parece también haberlo asumido la jurisprudencia, si bien es una cuestión que no ha trascendido al ámbito judicial salvo contadas ocasiones⁴⁵: una respuesta distinta implicaría una multitud de contratos en situación de excedencia, tantos como trabajadores funcionarizados, con derecho a optar al reingreso en su anterior condición si hay vacante –y por consiguiente, con derecho a pasar a situación de excedencia por incompatibilidad como funcionario– y, además, también con derecho a mantener dos vínculos –laboral y funcional– en situación de excedencia, si ingresa en otro cuerpo o escala o es contratado por distinta Administración Pública, dando pie a una elección a la carta ante un hipotético reingreso, en función de lo que más le convenga individualmente y no al interés público.

Sí que hemos de matizar, en todo caso, que nuestra opción pasa por la no aceptación de una tesis, asumida por numerosos procesos de funcionarización, en el sentido de que propiamente no hay una extinción del vínculo laboral ni tampoco su pervivencia, sino que lo que acontece es una “*transformación*” de laboral a funcionario. Como ya hemos podido señalar, es frecuente establecer la dicción de que “*los aspirantes que superen las pruebas selectivas y se acojan al procedimiento de transformación del vínculo jurídico para su funcionarización perderán la condición de personal laboral...*”⁴⁶, amparándose

⁴⁴ Bases reguladoras de la funcionarización del Ayuntamiento de Lorca (base novena, BORM 4-2-2003).

⁴⁵ Aunque referido al supuesto muy específico de la integración del personal laboral en el régimen estatutario de la Seguridad Social, la STS 1-3-1993 establece que el supuesto es de extinción de aquel primer vínculo, si bien habida cuenta que en la *estatutarización* no hay proceso selectivo, la fórmula civilista adoptada por la sentencia de referencia es la de “*novación extintiva del contrato de trabajo*”. A nuestro juicio, en la funcionarización no hay novación entre vínculo laboral al funcional, sino simplemente extinción, una vez tomada posesión del cargo.

⁴⁶ Acuerdo del Pleno municipal de 23 de junio de 2000 de funcionarización del Ayuntamiento de León (BOCyL 4-7-2002). La misma “*transformación*” es postulado en numerosas otras bases y convocatorias (Diputación Provincial de León, BOP de León 2-12-1994).

tal circunstancia en la ausencia de un real acceso *ex novo* a la función pública, sino un cambio de vínculo jurídico sin solución de continuidad⁴⁷

III.- LA AFECTACIÓN DE LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO SELECTIVO DE FUNCIONARIZACIÓN EN EL VÍNCULO LABORAL DE LOS TRABAJADORES NO FUNCIONARIZADOS. APROXIMACIÓN A SUS ASPECTOS MÁS RELEVANTES.

Como aspecto final, creemos necesario cuanto menos apuntar las consecuencias del proceso de funcionarizador sobre aquellos empleados que no lo superan o que no han participado, por decisión libre, en el mismo.

Evidentemente, este apartado se centrará en dos aspectos muy singulares, obviando otros en que la afectación la consideramos menor o más generalista pero ciertamente importante. Así, es evidente que la disminución de la plantilla de trabajadores influirá sobre la composición de los órganos de representación; también es evidente que su importancia cuantitativa en una organización funcionarizada será menor y ello podrá tener traslación en el ámbito de la negociación colectiva, entre otros aspectos; a todo ello, la inevitable influencia en el estatuto individual de los trabajadores no funcionarizados, que requerirá una readaptación a la nueva realidad del ente público en donde presten servicios.

A nuestro juicio, el resultado de un proceso funcionarizador influye sobre el estatus jurídico del trabajador no funcionarizado en dos cuestiones básicas: a) la garantía de estabilidad en su puesto de trabajo reconvertido a funcionarial; y b) el derecho a la carrera profesional como laboral y el régimen jurídico de la muy posible consideración de su categoría o grupo profesional como a “*extinguir*”. No queremos desaprovechar la oportunidad de cuanto menos formular algunas reflexiones sobre las mismas, aun cuando quedan *extra muros* del objeto central de la presente tesis

⁴⁷ Acuerdo del Pleno municipal de 5 de octubre de 1999 del Ayuntamiento de Benigembla (BOP de Alicante 17-8-2002), que sin embargo entiende que la relación no se transforma, sino que se extingue (base décima, punto primero).

III.1.- la garantía de estabilidad en el puesto reconvertido.

Tal derecho aparece previsto, de manera constante e insistente en la práctica totalidad de las leyes y normas reguladoras, por ser una de las cuestiones más sensibles en la gestión de los recursos humanos de las Administraciones Públicas. Así, la DT 15ª de la LMRF, ya en su redacción inicial de 1988, y mantenida posteriormente, señala que la adscripción de un puesto de trabajo laboral a funcional "no implicará el cese del laboral que lo viniera desempeñando, que podrá permanecer en el mismo....". Con idénticos términos, la legislación autonómica y también su aplicación en el ámbito local y universitario; la citada STS 20-6-1996 se refirió también a una "absoluta estabilidad en el empleo"(FJ 4º).

La jurisprudencia ha señalado, si bien referido al proceso de integración del personal laboral en el régimen estatutario de la Seguridad Social, que sin previsión expresa de garantía, esta no existe: corresponde, pues, a la ley, con fundamento en principios constitucionales prever tal garantía, pues de lo contrario, tal garantía no se deriva de ningún principio general del derecho (STS 18-9-2001).

Esta garantía ha sido reproducida, casi miméticamente, por la totalidad de las legislaciones autonómicas, y su alcance, más allá una garantía inmediata, tiene, a nuestro juicio, un valor destacado.

En primer lugar, la garantía conjuga la funcionarización, derivada de la adaptación del vínculo laboral a la nueva configuración del puesto de trabajo al amparo de la doctrina constitucional, con el derecho del trabajador a no optar al proceso o no acarrear con una consecuencia negativa si haciéndolo, no lo supera.

Entendemos que ante la adscripción de un puesto a funcionario, la Administración podría haber optado por cuatro opciones distintas, no necesariamente contrapuestas: en primer término, proceder a extinguir los contratos de trabajo y convocar las plazas por un procedimiento de acceso libre⁴⁸. Ya hemos razonado en esta misma segunda parte

⁴⁸ Esta posibilidad ya fue planteada, desde el primer momento de promulgación de la Ley 23/1988, por la doctrina administrativa, al señalar los problemas de permanencia en el empleo del personal laboral

(capítulo tercero), que en aras a diversos criterios, entre ellos los de eficacia y economía en el funcionamiento de los servicios públicos y de respeto al principio de estabilidad en la relación laboral, esta opción no se ha planteado realmente en ningún momento por la legislación ni en sus anteproyectos o estudios previos.

En segundo término, era posible optar por un proceso selectivo libre en el que el trabajador participara en el mismo, con todo un conjunto de méritos reconocidos por las bases y convocatorias en función del desempeño del puesto de trabajo; pero para el supuesto de que no superase el proceso y hubiera un candidato externo que sí lo hiciera, su contrato fijo igualmente podría extinguirse. Esta opción ha tenido idéntica falta de acogida por parte del legislador.

En tercer lugar, debe mencionarse la opción vigente en el ámbito estatal, autonómico, local y universitario: se articula un proceso restringido para acceder a la condición de funcionario. Si el trabajador que ocupa el puesto no participa o, haciéndolo, no supera el proceso, ve garantizado su derecho a permanecer en el referido puesto sin que la adscripción funcional pueda ser alegada como causa de despido.

Finalmente, una cuarta opción, no planteada expresamente en ningún texto legal, pero si formulada por la doctrina, supondría articular, al igual que el supuesto anterior, un proceso restringido de acceso a la condición de funcionario, pero la no superación del mismo –o la no participación– conllevaría la rescisión del contrato de trabajo o, menos drásticamente, la aplicación de las reglas de movilidad funcional previstas en el ET.

La movilidad funcional prevista en la norma laboral es plenamente aplicable al personal laboral al servicio de la Administración, también con los límites que el ET impone. Esta hipotética solución ha sido planteada también desde la doctrina, si bien llamando la atención de que no son pocas las normas convencionales laborales de los entes públicos que limitan las facultades empresariales en ese sentido, lo cual no impide su consideración teórica y su hipotética aplicación, si así el legislador lo concibiera⁴⁹.

afectado por el nuevo art.15.1.c de la LMRFP, posibilidad que se evitó con la DT 15ª (SAINZ MORENO, Fernando: “*El Estatuto...*”, ob.cit., pág.363.

⁴⁹ CAMPS RUIZ, Luis Miguel y SALA FRANCO, Tomas: “*La clasificación...*”, ob.cit., págs.27 y 28.

En cuanto a los supuestos de rescisión (primer, segundo y cuarta opciones), la extinción se canalizaría, según diversas opiniones doctrinales, a través del art.51 o art.52.c del ET, según el número de trabajadores afectados, en base a razones organizativas, primordialmente, o bien en base al concepto de despido por causa de fuerza mayor, regulado en el art.51.12 del ET, que es la opción que a nuestro juicio tiene más sólido fundamento.

Queremos establecer aquí sí, en base al ordenamiento jurídico español ello sería factible. Hemos de partir de una consideración previa, cual es que, pese a los planteamientos formulados por algunos sectores de la doctrina laboralista que han postulado una exclusión o matización de la aplicación de la ley laboral, según los casos, en la extinción contractual en el ámbito de las Administraciones Públicas⁵⁰, a éstas, en cuanto vinculadas por un contrato de trabajo, están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores (STC 205/1987).

Ello no nos impide entender que la adscripción de un puesto de trabajo laboral a régimen funcionarial supone, a nuestro juicio, una hipotética especialidad aplicativa del Derecho del Trabajo y, más concretamente, en las causas de extinción.

Un sector de la doctrina laboral ha planteado que cabría recurrir a las denominadas causas empresariales del art.51 o 52.c ET, concretamente por causa organizativa a fin de ajustar la plantilla de la Administración Pública a la distribución funcional derivada de la reforma de la Ley⁵¹; frente a esta tesis, la doctrina más solvente que ha planteado la cuestión la califica como una modalidad de fuerza mayor impropia derivada de un *factum principis*, razonando que tal adscripción impide la continuidad de la relación laboral.

⁵⁰ En este sentido, SALA FRANCO, Tomas: “*Incidencia...*”, ob.cit., págs 45, que entiende que el despido debería ser o bien procedente o radicalmente nulo, no pudiendo darse el improcedente, por discriminatorio en el ámbito público al atentar al principio de igualdad en el empleo *ex* art.23 de la CE: cualquier despido improcedente, esto es, no justificado, quebraría en esta tesis el principio de igualdad. El propio autor reconoce que esta no es la opción aceptada por la legislación y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

⁵¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “*El personal laboral...*”, ob.cit., págs.11-12; ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José Maria: “*La funcionarización...*”, ob.cit., pág.370.

La extinción del contrato por causa de fuerza mayor acontece cuando tal causa imposibilita definitivamente la prestación del trabajo (art.49.1.h ET) pero la norma laboral no la conceptualiza. Tanto la doctrina como la jurisprudencia concuerdan en afirmar que se trata de situaciones en que un acontecimiento excepcional, de origen externo a la empresa, imprevisible e inevitable, impide la continuidad de los contratos de trabajo. Los supuestos más usuales son aquellos previstos en el derecho civil de obligaciones –incendio, inundación, guerras, etc.-, esto es, que ambas partes del vínculo laboral no podían prever, son ajenos a la propia empresa y no dependen de la voluntad de esta.

El *factum principis* supone una decisión, tomada por el poder o la autoridad pública, imprevisible y/o inevitable, que recae en la esfera de la autonomía privada –en este caso, sobre la Administración como parte contratante en condición de empresario- dificultando o imposibilitando el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo⁵². La doctrina laboralista, que ha acogido tal elemento para los supuestos aquí enjuiciados considera que se da tal fuerza mayor tanto en los supuestos de desaparición de un servicio administrativo como en los de transformación del mismo, y que tal hecho exija el carácter funcional de su personal⁵³, y que el acto del poder, siempre que lo sea en el ejercicio legítimo del mismo, puede derivarse tanto del legislativo como del gobierno, por lo que tiene cabida una ley o un decreto ley aprobados por el procedimiento legal correspondiente⁵⁴, como son los supuestos de modificación de la LFP en el sentido de adscribir a funcionarios puestos anteriormente de laborales.

Debe establecerse, en consecuencia, la distinción entre causas de fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (empresariales), para establecer el marco más adecuado. Creemos que la respuesta nos permite valorar como

⁵² FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo*”. Civitas. Madrid, 1993, pág.105. También se planteó esta opción por el mismo autor y por CAMPS RUIZ en “*La clasificación...*”, ob.cit., pág.28, si bien señalando que determinados Convenios Colectivos –así lo preveía el de la Administración del Estado en la década de los noventa- han autolimitado o excluido esta opción de despido o extinción en el sector público.

⁵³ SALA FRANCO, Tomas: “*Incidencia...*”, ob.cit. pág.46-47.

⁵⁴ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*La fuerza mayor...*”, ob.cit., pág.106.

más adecuada la tesis de la fuerza mayor, tanto si asumimos los criterios requeridos por la jurisprudencia y la doctrina laboral más significativa, como la que precisa de requisitos más exhaustivos.

Así, el Tribunal Supremo centra la distinción en la “*inimputabilidad*” del empresario, para que prevalezca la fuerza mayor: debe tratarse de un evento externo y absolutamente independiente respecto de la voluntad empresarial: “*lo que singulariza a la fuerza mayor frente a las causas económicas o tecnológicas, en las que de alguna forma pueden haber influido actos o conductas del empresario (...) no es tanto su imprevisibilidad como el constituir un acaecimiento externo al círculo de la empresa y como tal extraordinario, del todo independiente de la voluntad del empresario respecto a las consecuencias que acarrea en orden a la prestación de trabajo*” (STS 28-7-1989; en el mismo sentido, entre otras, SSTs 23-3-1990, 1-10-1990 y 5-7-1991); frente a esta tesis, se alza la consideración restrictiva –y minoritaria entre la doctrina- de que para tratarse de fuerza mayor cabe un reforzamiento de los requisitos exigidos, centrándolos en que se cumplan todos y cada uno de los caracteres clásicos: imposibilidad, inimputabilidad, imprevisibilidad e inevitabilidad⁵⁵; en este sentido, la doctrina más estricta acepta la dificultad de distinción en muchos supuestos, pero insiste en la nota de imprevisibilidad –más exigente en la fuerza mayor que en las causas empresariales del art.51 o 52.c ET-, la mayor intensidad de la imposibilidad y en la inimputabilidad evidentes –a diferencia de las causas empresariales en donde en muchas ocasiones pudieron haberse evitado con una mejor y apta política de gestión de la empresa- como elementos para calificar la fuerza mayor.

En nuestra opinión, tanto acogiendo la tesis mayoritaria como la más reciente y restrictiva formulada por un sector minoritario de la doctrina teórica, la adscripción de un puesto de laboral a funcionario, *ex lege*, supondría encauzarlo a través del despido por causas de fuerza mayor.

En este sentido, la modificación legal, aprobada por el Parlamento estatal o autonómico, estableciendo que determinados puestos de trabajo no pueden ser ya servidos por

⁵⁵ SOLÀ MONELLS, Xavier: “*La suspensión...*”, ob.cit., pág.219, que parece asumir la tesis de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ en este sentido (“*La fuerza mayor...*”, ob.cit., pág.183-184).

trabajadores supondría una causa de fuerza mayor, por cuanto se daría el supuesto del *factum principis*, esto es, una decisión legal o gubernamental, imprevisible o inevitable por parte de la Administración –cualquier duda al respecto debe resolverse recordando el principio de división de poderes que prevé la CE-, que impide la continuidad de la relación laboral allí donde previamente sí era posible. La jurisprudencia ha entendido que acontece tal circunstancia en casos de expropiación forzosa, ilegalización de una actividad, término o revocación de una concesión administrativa y, en el ámbito del empleo público, que una sentencia judicial anule una convocatoria de acceso a la condición de laboral en la Administración (STS 10-3-1999); también la doctrina teórica ha incluido –muy próximo al supuesto aquí analizado- la prohibición de actividad anteriormente permitida, derivada de un cambio en la política legislativa o gubernamental en un ámbito de actuación administrativa⁵⁶; añadiríamos, a nuestro juicio, la aprobación de un precepto como el art.15.1.c o sus homólogos autonómicos que igualmente respaldarían, de no existir la garantía de la DT 15^a, la extinción por darse no sólo el requisito de inimputabilidad para la Administración, sino todos los restantes requisitos⁵⁷. A saber:

- ser un supuesto de *factum principis*, en donde el máximo poder del Estado, el legislativo, modifica la ley de empleo público que hasta ese momento permitía la contratación laboral para el o los puestos afectados, y, por consiguiente, imposibilitando que en el futuro se recurra al contrato de trabajo para cubrir esos puestos (imposibilidad).

- el carácter imprevisible del mismo, pues depende de factores tales como la iniciativa legislativa correspondiente, el debate parlamentario, el mayor o menor amplio margen que en la aprobación del texto se da a la contratación laboral en la Administración o las posibles modificaciones legales posteriores a aquella primera, que pueden limitar aún más el recurso al contrato de trabajo (imprevisibilidad).

⁵⁶ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José: “*La fuerza mayor...*”, ob.cit., pág.119 y nota a pie núm.274, con referencia al criterio de DE LA VILLA GIL que incorpora tal referencia a los cambios de política legislativa o gubernamental.

⁵⁷ ALVAREZ DE LA ROSA, José Manuel y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: “*Derecho del Trabajo*”. 9ª edición. Editorial Ramón Areces. Madrid, 2001, págs.1017-1019. También en GARCÍA MURCIA, Joaquín: “*Extinción de la relación de trabajo*”, en AA.VV: “*Derecho del Trabajo*”, ob.cit., págs.741-742.

- el carácter inevitable del mismo se derivaría, en el caso estatal, por la declaración de inconstitucionalidad del art.15.1. de la LMRFP a través de la STC 99/1987 y en el ámbito autonómico, por la necesidad de adecuarse, al igual que la Administración del Estado y las entidades gestoras de la Seguridad Social, a la doctrina del Alto Tribunal de que la generalidad de puestos deben ser cubiertos por funcionarios y que corresponde a la ley fijar aquellas excepciones para el personal laboral (inevitabilidad), de tal forma que el *factum principis* afecta también a una de las personas contratantes, en este caso el trabajador, al que se le exige un nuevo requisito –ser funcionario de carrera- para el ejercicio de una actividad que venía desempeñando hasta el momento sin requerirlo⁵⁸. Supone ello que el carácter inevitable se deriva de un hecho que incide, decisivamente, sobre la continuidad de la actividad laboral, tal como expone la STS 8-3-2002.

- la ajena al círculo y control de la actividad de la Administración Pública, que es tanto como decir la involuntariedad en el origen de la causa, pues esta, en base al principio de separación de poderes, es ajena a la voluntad del ente público por residenciarse en quien tiene la facultad legislativa, el Parlamento, o, en el supuesto de tramitarse como real decreto-ley, el poder ejecutivo (inimputabilidad).

En este sentido, la exigencia de que el nuevo empleado mantenga vínculo funcional y no laboral ha validado la extinción del contrato de trabajo en épocas pasadas, anteriores a la DT 15ª LMRFP. La jurisprudencia del extinto Tribunal Central de Trabajo se hizo eco de diversas de estas situaciones, algunas vinculadas al ámbito universitario, cuales eran la integración de Colegios universitarios, servidos por profesores laborales, en Universidades públicas en donde el régimen de prestación de servicios era, por imperativo legal, funcional. En ese momento histórico, el TCT validó las rescisiones laborales, en algunos casos a través de expedientes de regulación de empleo: así, la STCT 15-1-1976 entendió que tras la promulgación de determinada ley que impedía al IRYDA continuar con la explotación de una finca, en calidad de empresario, y habiendo empleados del mismo instituto allí adscritos, “...si el Instituto demandado se viere legalmente impedido para el desempeño de esta función patronal, también legalmente

⁵⁸ La STS 11-12-1954 precisamente establece como supuesto de *factum principis* que afecta a la persona de los contratantes el establecimiento de un nuevo requisito, sobre el trabajador, para que pueda continuar ejerciendo una actividad desempeñada normalmente hasta ese momento. *Cit.* por FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, en “*La fuerza mayor...*”, *ob.cit.*, pág.126.

impuesta, deberá someter la adecuación de una y otras obligaciones a lo que previene el Decreto (...) sobre regulación de empleo, de expresa aplicación a los Entes estatales o paraestatales, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo....”⁵⁹.

El legislador podría haber optado por esta respuesta, ya sea facilitando el despido indicándolo expresamente o no habilitando un procedimiento restringido, ya sea instituyendo un proceso de movilidad, como ha acontecido en algún supuesto puntual. Así, los tribunales han aceptado la aplicación del art.51 y 52.c del ET a las Administraciones Públicas, aunque los preceptos no hagan referencia expresa a ellas, e incluso la Ley 12/2001 incorporó una nueva causa de extinción de los contratos de trabajo fijos de las Administraciones Públicas, que se suma al conjunto de supuestos de despido objetivo, basada en el agotamiento de las consignaciones presupuestarias externas de carácter finalista (art.52.e ET).

Sin embargo, tal respuesta jurídica no ha sido acogida en ningún supuesto de funcionarización, por razones de índole política, pero también por criterios de eficacia y de estabilidad en el empleo público y en ese sentido, fortalece el carácter voluntario de la funcionarización misma, ni tan siquiera para el supuesto de que el trabajador ya no supere, sino que decida no optar, por la nueva condición de funcionario.

Lo más destacado a nuestro juicio, es que con la precisión de la DT 15^a, se impide, al momento de finalizar el proceso funcionarizador pero también hacia el futuro, que la Administración pueda alegar una causa de fuerza mayor o, si así lo planteamos, por causas empresariales del art.51 o 52.c ET. Esto es, la adscripción de un puesto de laboral a funcionario no podrá ser causa que justifique un despido por fuerza mayor, colectivo u objetivo tanto en el momento de reclasificar el puesto, en el momento de finalizar el proceso selectivo de funcionarización pero tampoco en el futuro, perspectiva

⁵⁹ Téngase en cuenta, al respecto, que aún hoy, la fuerza mayor que permite la extinción de los contratos de trabajo debe ser constatada siempre por la autoridad laboral, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados (art.51.12 ET), a diferencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en donde en función del número de empleados afectados, puede canalizarse a través del procedimiento de despido colectivo, con intervención de la administración laboral, o por causas objetivas (art.52.c ET), plenamente judicializadas. Se ha planteado si la extinción por fuerza mayor puede canalizarse a través del art.52.c ET, y ello parece haberse acogido, en algún supuesto, por la jurisprudencia, si el número de trabajadores afectados es inferior a los límites que fija el art.51 ET (GARCÍA MURCIA, Joaquín: “Extinción de la relación de trabajo”, en AA.VV. “Derecho del Trabajo”, ob.cit., con cita de la STS 10-3-1999).

temporal que hemos de entender en tanto en cuanto el trabajador mantenga su vínculo laboral con la Administración; por el contrario, tales modalidades de extinción por fuerza mayor o por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción podrán ser empleadas por la Administración si existen como tales en el futuro, pero en ningún caso con amparo directo o indirecto en la funcionarización del puesto. Y en cuanto a otros procesos de adaptación forzosa, como sería la modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del art.41 del ET, creemos que tampoco podrían basarse en la referida adscripción, aunque si, como el despido, en otras causas diferentes a la mencionada⁶⁰.

No obstante lo anterior, entendemos que la DT 15^a o sus equivalentes autonómicos de igual o similar redacción no limita en modo alguno las facultades que la legislación laboral otorga al empresario-Administración (art.39, art.41, arts.51 y 52 del ET, etc.), excepción hecha de un ejercicio de tales facultades que traigan causa en la adscripción del puesto a régimen funcionarial; por ello, discrepamos de la tesis mantenida por algún orden jurisdiccional que entiende que en cuanto a los laborales, la DT 15^a supone una derogación de las facultades atribuidas por la ley laboral en cuanto a la movilidad geográfica y funcional, y una restricción del *ius variandi*, limitando los hipotéticos cambios a la única iniciativa del trabajador no funcionarizado (STSJ Andalucía/Sevilla 15-1-2002): “*no rige el ius variandi del art.20 del ET en relación con la movilidad funcional del art.39 (...) sino la específica normativa dictada al efecto que (...) no faculta para privar de él [el puesto] al trabajador (...) y menos aún para que se le cese en el mismo y se le destine a otro tanto geográfica como funcionalmente distinto...*” (FD 2º y 3º); como ya hemos manifestado en esta misma segunda parte (capítulo segundo), no existe tal “*absoluta estabilidad en el empleo*” –de hecho, tampoco existe en el ámbito de las relaciones funcionariales- a que se refiere la STS 20-6-1996⁶¹, esto es, una estabilidad de mayor intensidad que la que se deriva para el resto de trabajadores sujetos al Derecho del Trabajo, sino un *plus* de estabilidad –en este caso sí de absoluta intensidad- frente a la adscripción de su puesto a régimen funcionarial, puesto este en

⁶⁰ En el mismo sentido, rechazando expresamente la aplicación del art.41 del ET, PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco: “*El personal...*”, ob.cit. pág.11.

⁶¹ Incluso de la STS 20-6-1996 parece desprenderse que esa estabilidad se daría para el supuesto de que las pruebas de funcionarización no fuesen restringidas y las superase un candidato diferente, pues ello originaria, a juicio del pronunciamiento citado, una duplicidad de personas en el mismo puesto “*con la consiguiente extralimitación de límites presupuestarios para una misma plaza...*”.

que efectivamente el vínculo laboral entre trabajador y Administración quedaría más estable y seguro, en orden a lo que el ATC 858/85 de 4 de diciembre manifiesta, de una singularidad de la relación laboral del empleado público, alejada en cierta manera de la estabilidad propia del ámbito privado.

Por todo lo expuesto, no podemos dejar de anotar que tal garantía de estabilidad no ha sido acogida acriticamente por la legislación autonómica; aunque la mayor parte de las normas de empleo público la asumen, pueden establecerse criterios diferentes, que modulan la estabilidad en el puesto, aunque sin incurrir nunca en una habilitación para el despido. Así, la DT 2ª de la LFP Cantabria previó en 1993 que ante tal contingencia de adscripción y pervivencia del trabajador en el puesto, este quedaba cesado en el mismo y pasaba a una situación de “*disponible*” –término desconocido en el ámbito laboral, pero asimilable al derecho funcionarial como trabajador a disposición de nuevo destino- hasta su adscripción provisional en otro puesto reservado a personal laboral, no otorgándosele ni tan sólo una garantía retributiva, pues tal nueva adscripción implicaba la percepción estricta del sueldo correspondiente a su categoría laboral, criterio reiterado de nuevo en el art.34 de la Ley 7/1997 de 30 de diciembre, que prevé la funcionarización de los Agentes de Seguridad de la Comunidad; en otros supuestos, la garantía no es relación al estricto puesto sino en otros adscritos a su categoría profesional (art.7.4. de la Ley 7/2000 de 19 de diciembre de medidas administrativas de La Rioja y art.16 de la Ley 10/2002 de 17 de diciembre de la misma Comunidad) o una garantía disminuida referida a puestos de nivel básico de su grupo de clasificación (DT 2ª.1 LFP Murcia) o incluso el establecimiento de una garantía limitada en el ámbito de la movilidad geográfica, pero no al puesto, circunscribiendo tal movilidad a la localidad donde prestaba servicios como laboral, cual es el caso de la DA 3ª.2 de la Ley 8/1999 de 27 de abril de creación de las escalas de profesores numerarios y maestros de taller de formación profesional marítimo-pesquera de Canarias.

III.2.- la garantía del derecho de carrera profesional como laboral y la hipotética clasificación de categoría o grupo profesional *a extinguir*.

La normativa también ha establecido el derecho a la carrera profesional, reconocido en la CE y en la legislación laboral, que no puede verse cercenado, cuanto menos teóricamente, por un proceso funcionarizador. Así, la tan citada DT 15ª señala que la

permanencia del trabajador en su puesto funcionarizado lo será, en todo caso, “*sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional*”.

Por otro lado, es posible que la norma legal correspondiente instituya una opción que no aparece reseñada en la norma estatal, pero no son pocas las normas autonómicas que así lo han incorporado. Se garantiza el mantenimiento del contrato de trabajo fijo y el derecho a la carrera profesional, pero ello no impide que tal categoría o grupo se considere a extinguir.

La promoción en el trabajo está reconocida constitucional y legalmente, y un proceso de funcionarización, cuanto menos teóricamente, no puede restringirla en modo alguno. Sin embargo, a pesar de que tal derecho ha sido reconocido también por la jurisprudencia a los trabajadores no funcionarizados, mantenemos una importante reserva en cuanto a su aplicación práctica real.

La legislación laboral prevé, para el personal sujeto a contrato de trabajo, todo un conjunto de derechos que protegen sus intereses profesionales, sin perjuicio de que también tutelen su dignidad profesional. El art.35.1 CE establece, expresamente, que el deber de trabajar y el derecho al trabajo implican no únicamente la libre elección de la profesión y el oficio sino también el derecho “*a la promoción a través del trabajo...*”, circunstancia esta última que ha sido recogida por el art.4.2.b) del ET, que se refiere a la formación y promoción en el trabajo y en los arts.23 a 25 de la misma norma laboral común, junto al derecho a la ocupación efectiva previsto en el art.4.2.a).

En consecuencia, este derecho a la promoción se articula de diversas formas, ya sea propiamente a través de la figura de los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional (art.24 ET), al vínculo entre formación y promoción instituido por el art.23 o a la promoción económica prevista en el art.25 del ET. Junto a ello, entendemos también como muy importante el derecho a la ocupación efectiva, que *extra muros* del estricto concepto de promoción profesional, engarza con ella intensamente en un proceso de funcionarización.

A nuestro juicio, el concepto definido en la ley de función pública de “*promoción profesional...*” incluye todos los aspectos referidos, pero es cierto, como ya hemos

señalado, que su aplicación al personal laboral no funcionarizado es harto compleja y difícil, aún en el supuesto de que por parte de la Administración Pública respectiva haya una efectiva y decidida política de que tal promoción acontezca.

II.2.1.- No funcionarización y ocupación efectiva.

El derecho a la ocupación efectiva, previsto en el art.4.2.a del ET es, sin duda, un derecho básico de la relación laboral y a nuestro juicio, recogido no expresamente, pero sí deducible con claridad de la propia DT 15ª LMRFP o sus equivalentes autonómicos.

Cuando tal Disposición Transitoria instituye que el trabajador funcionarizado permanecerá en el puesto que ocupaba sin menoscabo de sus expectativas de promoción profesional, entendemos que incluye en su ámbito el derecho de ocupación efectiva, porque se enlaza tal expectativa con el derecho de permanencia en el puesto.

Este derecho supone, para el trabajador no funcionarizado, que la DT 15ª tiene en cuenta su realización personal y su consideración social (STS 24-9-1985), dentro de un esquema organizativo que ha optado por una presencia mayoritaria de funcionarios. Por ello, se ha señalado desde la doctrina que el derecho a la ocupación efectiva tiene influencia en el “*bagaje*” profesional del empleado, en su futura promoción laboral pero también social, la inserción del trabajador en la empresa, su identificación con los intereses de la misma y su participación en los intereses colectivos y que tal derecho es aún mucho más intenso en trabajadores cualificados o cuya especialidad es muy definida; ya pudimos comprobar que ello puede acontecer precisamente en personal laboral para funciones muy especialidades en tanto en cuanto no se cree el correspondiente Cuerpo o Escala.

En consecuencia, en el proceso de funcionarización, el trabajador afectado por un puesto adscrito a funcionario pero que no participa o supera la convocatoria tiene garantizado por la ley laboral, pero también indirectamente por la DT 15ª tal derecho de ocupación efectiva, lo que implica que debe poder continuar realizando su trabajo, con el entramado de funciones y atribuciones propias del puesto hasta ese momento, con igual y pleno contenido: el trabajador permanecerá adscrito a ese puesto que ocupa, la Administración deberá continuado dirigiendo de forma efectiva su trabajo, y su ámbito

de ocupación (información, herramientas, útiles, acceso a base de datos, etc..) deberá ser la misma que antes de la adscripción del puesto al régimen funcionarial. Por ello, en el ámbito público, el derecho de ocupación efectiva implica también, como ha señalado la jurisprudencia, un derecho reconocido de acceso a nuevos puestos de trabajo, a lo que luego nos referiremos con más extensión, pues precisamente tal acceso debe suponer, igualmente, el reconocimiento al derecho a la ocupación efectiva y no una mera aplicación formal de la norma, en puestos sin contenido, respetándose también en todo caso las reglas de provisión que la Administración tenga instituidas (STS 16-3-1992).

II.2.2.- No funcionarización y derecho a la formación profesional.

Ya hemos señalado que la formación y la promoción profesional aparecen vinculadas en el art.23 del ET. Implica que una mayor cualificación formativa, y por tal, profesional, inciden en la consideración del trabajador, hacia sí mismo y dentro de la empresa en donde trabaja.

En el ámbito de las Administraciones Públicas, el derecho a la formación profesional ha sido intensamente negociado e impulsado, especialmente en la esfera estatal, autonómica y en las grandes corporaciones locales; su concreción en pequeños ámbitos administrativos es mucho más compleja, pero la labor llevada a cabo por las Instituciones y Escuelas de Administración Pública es lo suficientemente intensa como para que, incluido en estos supuestos, el personal laboral no funcionarizado no carezca de posibilidades reales de hacer efectivo el derecho laboral del art.23 ET. Puede señalarse que, en todo caso, la promoción profesional y la formación en este mismo campo del trabajador no funcionarizado se deriva de un mismo derecho, el de promoción y formación profesional, e implicará que tal empleado, pese a continuar ostentando su condición de laboral fijo, tiene reconocido el derecho a su progreso profesional y social en la Administración en que preste servicios.

La DT 15ª LMRFP juega aquí también un importante papel, aunque no lo instituya de forma expresa, habida cuenta que el derecho a la formación profesional supone la

afectación del vínculo laboral en los siguientes aspectos⁶²: a) posibilidad de acceso a un puesto de mayor cualificación y con una mejor expectativa profesional; b) la clasificación profesional futura del empleado, por cuanto hay un vínculo clarísimo entre formación y ascenso en la escala profesional; c) la función sinalagmática del contrato de trabajo, pues a una promoción o ascenso le corresponderá, necesariamente, una contraprestación económica al trabajo mayor.

Por consiguiente, la formación profesional del trabajador no funcionarizado influirá decisivamente en sus posibilidades de ascenso en la Administración y su mejora profesional y también en su consideración personal y social. De ahí la importancia de concretar, como luego veremos, esta promoción en el plano concreto de una Administración funcionarizada y que desde la perspectiva de la norma laboral ello se plasma en un reconocimiento expreso a determinadas licencias y permisos formativos (art.23.1.a ET) y a la elección de turno y adaptación de jornada (art.23.1.b ET) así como otros derechos de formación previstos en normas más específicas, que en el ámbito público tienen menor trascendencia.

Por ello, pese a que una plantilla esté masivamente funcionarizada, el trabajador que permanezca no debe tener, jurídicamente, dificultades en la aplicación de tales derechos, con una salvedad, derivada del art.23.1.a): el reconocimiento a una preferencia en la elección de turno de trabajo -si este régimen está instaurado en la esfera administrativa en donde preste servicios- cuando curse con regularidad estudios académicos o profesionales, viene prefijado en el ET, pero corresponde a la negociación colectiva pactar los términos del ejercicio del derecho (art.23.2 ET), y ello más que una dificultad organizativa implicará una dificultad derivada del ámbito personal de aplicación del Convenio Colectivo, que no podrá ser impuesto, en cuanto al derecho de preferencia, a los funcionarios. Por consiguiente, es un supuesto en donde la protección del trabajador no funcionarizado puede verse diluida, frente a lo cual sólo cabe una posible solución: que la norma administrativa que regule el régimen funcionarial, fundamentalmente los Pactos y Acuerdos funcionariales, también establezca sólo en esa Administración un régimen similar y que tenga en cuenta su aplicación no desde la perspectiva del estricto

⁶² GARCÍA MURCIA, Joaquín: “*Protección del trabajador y sus intereses profesionales*”, en AA.VV (MARTÍN VALVERDE, Antonio y RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín): “*Derecho del Trabajo*”. Tecnos. Madrid, 2003, pág.637-638.

ámbito personal de los funcionarios, sino del colectivo total de la plantilla, y que la misma lógica sea aplicable al Convenio Colectivo del personal laboral.

II.2.3.- No funcionarización y derecho a la promoción y ascensos.

El trabajador no funcionarizado puede tener derecho a una promoción interna por movilidad horizontal, esto es, el derecho a ocupar otros puestos de trabajo definidos para su categoría o grupo profesional, así como a una promoción interna por movilidad vertical ascendente, es decir, el derecho a ascender a una categoría o grupo superior, que se concretaría en la lógica de la función pública, fundamentalmente, al ascenso a un grupo de clasificación superior, a partir del que él ostente.

Ni la legislación laboral, y tampoco las normas de empleo público que regulan la funcionarización, establecen el contenido del concepto “*ascenso*” ni el alcance del término “*promoción profesional*”. Sin embargo, tras lo expuesto en los párrafos anteriores, creemos que puede establecerse los elementos esenciales de los mismos.

Supone en primer término, que el ascenso o promoción puede comportar el cambio a una función o tarea profesional superior, y que este cambio debe ser definitivo. Ambas notas merecen cuanto menos un breve comentario, enlazadas con los resultantes de un proceso de funcionarización.

Tradicionalmente, el ascenso se instituye entre categorías profesionales jerarquizadas: el trabajador ascendía al pasar de una inferior a otra superior, que comportaba un contenido diferente –cualitativa o cuantitativamente hablando- en su prestación laboral y también de las restantes condiciones de trabajo, en especial las económicas. Como continuación, aunque no estricta, de tal consideración, el art.24.1 del ET establece que los ascensos dentro del sistema de clasificación profesional se producirán conforme a lo que prevea el convenio colectivo o, en su defecto, en el hipotético acuerdo colectivo que se formalice entre la empresa (la Administración, en nuestro caso) y los representantes del personal. En consecuencia, este ascenso se vincula directamente con el sistema de clasificación profesional definido en el art.22.1 del ET, que lo hace depender de las “*categorías*” y de los “*grupos profesionales*”. El grupo profesional tiene un contenido mucho más amplio que las categorías, pues comprenden varias categorías profesionales

pero también pueden integrar a diversas funciones o especialidades profesionales, según el art.22.2 del ET, y de ahí que pueda concretar el término ascenso como una modificación del contenido de la relación laboral del trabajador no funcionarizado – con la excepción, que a nuestro juicio comentaremos- que supone el desempeño de una función superior a la realizada hasta el momento de producirse tal ascenso y que implicará, en la inmensa mayoría de los supuestos, el cambio de su puesto, adscrito a funcionario –pero ocupado por laboral-, por otro. La dificultad, como luego estableceremos, será concretar si ese “*otro*” puesto debe ser únicamente de cobertura por laborales o es posible que lo sea también aunque haya sido adscrito a funcionario.

Evidentemente, en el ámbito de la Administración Pública, es el convenio colectivo del personal laboral el que como regla general establece el sistema de ascensos entre categorías –lo más habitual- o entre grupos, pues de esta forma debemos calificar el cambio ascendente: desde una categoría o grupo profesional inferior a otro de superior.

No obstante, hay otras circunstancias o fórmulas que pueden suponer un ascenso, entendido en un sentido particular, y que quedaría *extra muros* de la definición clásica: son aquellos supuestos en donde no hay promoción a una categoría o grupo superior, pero sí puede darse una promoción económica. No son pocos los convenios colectivos del personal laboral que permiten una consolidación de niveles económicos superiores, en línea a la fórmula del complemento de destino funcionarial, por el desempeño continuado o discontinuo de un mismo puesto de trabajo; la promoción en este caso es económica, pero no implica modificación del contenido de la prestación de servicios⁶³. Aunque propiamente la doctrina entiende que ello no puede definirse como un ascenso⁶⁴, a nuestro juicio, el alcance del derecho que reconoce la DT 15ª LMRFP y sus equivalentes autonómicos alcanza también a estos supuestos; es más, será el caso menos conflictivo, por cuanto tal promoción singular no supondrá cambio de puesto de trabajo y, en consecuencia, ninguna interrelación con otros puestos adscritos a laborales y

⁶³ Así, el CC del personal laboral del área tributaria de la Diputación de Barcelona prevé la promoción económica, pero no el cambio de funciones y puesto, vinculada a una determinada antigüedad en la categoría (seis años) y la acreditación de determinados niveles de formación relacionada con el puesto de trabajo, que oscilan entre 60 y 150 horas lectivas.

⁶⁴ RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín: “*Vicisitudes de la relación de trabajo*”, en AA.VV: “*Derecho del Trabajo*”, ob.cit.

funcionarios, nudo gordiano de la dificultad real de concretar en hechos la previsión teórica reconocida en la mencionada disposición transitoria.

Por otro lado, el referido ascenso debe ser definitivo, y por tanto pervivirá hasta la extinción de la relación laboral o un nuevo posterior ascenso. En consecuencia, *strictu sensu*, nos referimos a un sistema de ascensos diferente a la posibilidad prevista en el art.39.4 ET de movilidad funcional del trabajador del ente público para desempeñar funciones superiores a la de su grupo profesional o a las de categorías equivalentes por un periodo de tiempo necesariamente limitado; tal movilidad es transitoria, pero sin que ello implique una consolidación de la nueva situación, más allá de la percepción económica superior, si así fuera el caso, por el tiempo de desempeño de tales funciones. Se trata de una “*vía de ascenso*” hipotético, porque ofrece expectativas –en la Administración pública, más limitadas, dado que todos los ascensos definitivos se materializan a través de un procedimiento tasado de concurso, oposición o concurso-oposición interna-, para que ese empleado en el futuro pueda consolidar la situación provisional si cumple los requisitos que fije el convenio colectivo o acuerdo colectivo, pero no es propiamente un ascenso. En nuestro supuesto, la ausencia de carácter definitivo creemos que descarta la protección que para el trabajador no funcionarizado ofrece la DT 15ª LMRFP, lo que no impide tampoco que tales ascensos transitorios puedan darse en el futuro.

Evidentemente, el proceso de funcionarización desordena todo el sistema de posibles ascensos y puede romper de cuajo todas las expectativas de promoción profesional, tal como ya hemos expuesto. La adscripción de un puesto a funcionario garantiza a su titular la permanencia en el mismo en cuanto que no podrá alegarse tal circunstancia como causa resolutoria del contrato de trabajo, pero el reconocimiento añadido de que sus expectativas profesionales deben garantizarse tienen escasa virtualidad, *prima facie*, si la mayoría de sus antiguos compañeros laborales son funcionarios y si los puestos superiores, incluidos los que impliquen dirección, jefatura, mayor responsabilidad y similares también se adscriben a funcionarios. La DT 15ª LMRFP intenta, con su expresa mención, ir más allá de la protección del ascenso en el seno de la empresa, que evita discriminaciones por razón de sexo (art.24.2 ET) o de las discriminaciones prohibidas con carácter general por el art.17.1 del ET –esto es, por razón de edad, sexo, origen, estado civil, raza, condición social, ideas religiosas o políticas, adhesión o no a

sindicados y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con empleados de la empresa y lengua dentro del Estado Español-. En consecuencia, a todas ellas, la DT 15ª LMRFP y sus equivalentes autonómicos añaden una más: la interdicción de la discriminación en la promoción profesional por razón del vínculo laboral existente por parte de un trabajador que no ha optado o no ha superado el proceso de funcionarización.

La respuesta jurídica al supuesto planteado no es nada fácil desde el punto de vista práctico, por mucho que desde la perspectiva jurídica, y aún con dudas y ambivalencias, se defiende claramente tal derecho.

Al respecto debe señalarse que se han mantenido dos tesis jurídicas que han valorado tales posibilidades de promoción: una tesis restrictiva, o cuanto menos, “*pesimista*” sobre esta opción de promoción, frente a la cual se ha articulado, en el ámbito jurisprudencial, con carácter mayoritario, una posible respuesta a las innegables restricciones que la funcionarización suponen para tal carrera laboral.

Desde la tesis que venimos a denominar restricta, se señala que la funcionarización, a pesar de las garantías legales, puede perjudicar en gran medida tal derecho de promoción, fundamentalmente si tras el proceso son pocos los puestos de posible ocupación por personal laboral o si los puestos del mismo nivel también son reducidos, atribuyéndose con carácter general a partir de ese momento los puestos superiores, incluidos los de jefatura, a personal funcionario. Tal circunstancia da pie a lo que ha venido a denominarse *inexistencia de carrera profesional potencialmente imaginable*, acentuada por la inexistencia en la ley estatal y en las autonómicas de puestos expresamente reservados a personal laboral, sino una mera opción potestativa, lo que ha supuesto que también se haya afirmado, desde la misma doctrina laboralista, que en la práctica, en una Administración altamente funcionarizada, la auténtica posibilidad de promoción profesional será el acceso a la condición de funcionario⁶⁵, o el establecimiento de un régimen de movilidad que permita a los trabajadores ocupar

⁶⁵ SALA FRANCO, Tomas y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.Manuel: “*La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública*”. DA, núms..210-211, 1987, pág.174.

también otros puestos adscritos a funcionarios, distintos al suyo, o introducción de fórmulas de movilidad a otros puestos de trabajo laborales⁶⁶.

A ello cabe añadir que no son pocas las normas que establecen que el personal no funcionarizado, por voluntad propia o por no superar el proceso, quedará en situación de “*a extinguir*”⁶⁷ o “*a amortizar*”. No se trata de una fórmula jurídica desconocida en el Derecho del Trabajo, y así puede constatarse en la negociación colectiva, en los supuestos de categorías que han perdido su razón de ser y ante la imposibilidad de insertar a sus titulares, por muy diversas razones, en otra categoría o grupo, quedando en esta situación peculiar, hasta el punto que, en los procesos de funcionarización, se ha calificado tal status como *situación administrativa sibilina*, que supone en la práctica el olvido permanente por parte de la Administración del colectivo así considerado⁶⁸.

La norma estatal nada dice al respecto y tampoco algunas otras leyes de función pública, como es el caso de la catalana, pero el resultado es el mismo: aunque no se declaren expresamente a extinguir la funcionarización *de facto* implicará tal circunstancia en base a una razón objetiva: desde ese mismo momento, todas las futuras convocatorias de acceso a esa categoría no lo serán en régimen laboral sino al correspondiente Cuerpo o Escala funcionarial. Por lo tanto, sus titulares no funcionarizados quedaran prefijados a unos puestos concretos y específicos, que no verán alterado su existencia en número creciente, sino en sentido descendente, por extinción de vínculo laboral –despidos, jubilaciones, etc.- o por suspensión contractual –excedencias, etc.- y así parece acogerlo más de una norma autonómica, que además de declarar el puesto a extinguir y a amortizar, señala que los puestos laborales que queden “*no podrán ser ofertados para su provisión, promoción o nuevo ingreso*” (art.10 de la Ley 1/1999 de 4 de marzo de Castilla-La Mancha) e incluso previsiones específicas que establecen la adscripción automática a funcionarios de los puestos laborales que queden vacantes, desapareciendo de las RPT de personal laboral (art.8.2 Decreto 29/194 de 7 de

⁶⁶ En este sentido, Capítulo III, art.3, del Acuerdo Administración-sindicatos de Extremadura de 11-11-1994 (BOE 17-2-1995).

⁶⁷ Es una denominación muy común. Algunas referencias son la DT 2ª.2 LFP Castilla-La Mancha de 1988, DT 2ª.2 LFP Castilla y León; DT 3ª.1 LFP Extremadura o DT 2ª.4 LFP La Rioja y art.7 de la Ley 7/2000 de 19 de diciembre de la misma Comunidad.

⁶⁸ PEREZ RUIZ, Juan Alfonso: “*Notas acerca de la funcionarización....*”, ob.cit., pág.218.

marzo de Extremadura) o habilitando al reingreso “*provisional*” de los excedentes voluntarios a puestos de otras categorías o de inferior grupo a la suya⁶⁹ o limitando las expectativas de carrera profesional sólo a los puestos clasificados como laborales en el futuro⁷⁰. Únicamente un supuesto puede evitar tal reducción progresiva en el tiempo, hasta la completa extinción de la antigua categoría o grupo –lo cual sucederá cuando pierda la condición de laboral el último de los trabajadores que la ostentara- y es la petición de reingreso de los trabajadores excedentes o con suspensión de contrato de trabajo. La problemática, sin embargo, no surge cuando tal excedencia o suspensión implica reserva de puesto, sino en los supuestos en que tal reserva no está prevista, como es el caso de la excedencia voluntaria, que otorga un derecho de preferencia únicamente ante la hipótesis de existencia de vacante de igual o similar categoría.

El criterio restrictivo fue asumido en un primer momento incluso por la sala social de la Audiencia Nacional en sentencia de 30-3-1992. Frente a la práctica llevada a cabo por la Administración del Estado de amortizar todas las vacantes de categorías superiores a la de trabajadores no funcionarizados, o su adscripción inmediata a régimen funcional, el sindicato CCOO planteó que la DT 15ª LMRFP garantiza el derecho de esos trabajadores no funcionarizados a poder concursar anualmente a las plazas que quedaran vacantes, esto es, tener derecho a participar en pruebas de ascenso para puestos que anteriormente a la Ley 23/1988 eran adscritos a laborales y que tras la reforma del art.15.1.c LMRFP pasaron a ser considerados como funcionariales⁷¹. La doctrina judicial que sentó la Audiencia pasó por entender el concepto “*ascenso*” como comprensivo no sólo del pase de una categoría inferior a otra superior, sino que encierra otras posibilidades, tales como la integración en otros cuerpos de la Administración, que es tanto como afirmar que la funcionarización *per se* puede definirse como un ascenso, dado que a posterioridad posibilita una carrera administrativa mucho más expansiva en

⁶⁹ Esta previsión aparece recogido incluso en la negociación colectiva. *Vid.* DT 5ª del CC del personal laboral de la Xunta de Galicia para 1994 (Resolución de 19-12-1994, DOG 28-12-1994).

⁷⁰ Resolución de 24-4-2002 de la Universidad de Zaragoza sobre normas para la funcionarización voluntaria del personal del PAS (BOA 10-5-2002)

⁷¹ En el recurso especial de suplicación 6/1992 contra la sentencia del juzgado de lo social núm.5 de Madrid de 5-10-1991, y que fue resuelto por la citada SAN de 30-3-1992, el conflicto se centraba en el deseo de promoción de auxiliares administrativos no funcionarizados (grupo D) a plazas y puestos de Administrativos (grupo C), adscritos todos ellos, desde la Ley 23/1988 de 28 de julio a funcionarios. El asunto se tramitó como proceso de conflicto colectivo.

una entidad pública en donde los funcionarios son mayoría, el acceso a nuevos puestos de trabajo –aunque sin clarificar cuales, pero puede deducirse que los reservados o adscritos a personal laboral-, la asistencia a acciones formativas, entre otras. Ante tal consideración, la SAN 30-3-1992 desestimó el recurso y entendió como ajustado a Derecho que la Administración no convocará pruebas de acceso a plazas que anteriormente se consideraban como laborales y a partir de la Ley 23/1988 pasaron a ser funcionariales.

Ello permitió argumentar, en los procesos en los que la abogacía del Estado ha intervenido⁷², que la garantía de promoción profesional viene circunscrita a la propia posibilidad de funcionarización. Esta tesis fue ampliamente fundamentada por las SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 27-3-1993 y 25-1-1994 –que formula incluso una directa y explícita crítica a la posición del Tribunal Supremo mantenida desde 1992, que luego comentaremos- y se configuró en base al siguiente esquema:

- efectivamente, el derecho de promoción en el trabajo integra el contenido esencial de la relación laboral, de conformidad con los arts.35 y 40 de la CE y el art.4.2 del ET, debiéndose concretar en la negociación colectiva según arts.22 y 24 del ET.

- sin embargo, el personal laboral –junto al funcionario- es un “*medio instrumental*” del que se sirven los entes públicos para llevar a cabo su función esencial prevista por el art.103 de la CE: satisfacción de los intereses generales, con eficacia y respetando la legalidad, correspondiendo al gobierno de la entidad la responsabilidad política de una gestión adecuada y de la dirección y ejecución de aquella.

- entre estos instrumentos de actuación se sitúan en lugar primordial las RPT, instrumento que se inserta en el marco jurídico de aplicación de las normas convencionales y, en ellas, las reglas de promoción quedan sujetas al principio de jerarquía normativa y subordinación a la ley; ello supone que tal contenido tutelar de los derechos de los trabajadores (régimen de traslados, promoción interna, etc...) sólo puede tener virtualidad en relación a las plazas de la plantilla laboral que están vacantes según

⁷² Así se planteó por parte de la Abogacía del Estado en el recurso de casación núm.1018/1991, sustanciado ante la Sala Social del Tribunal Supremo, resuelto por STS 4-2-1992.

el régimen de distribución de puestos fijado por el art.15.1.c de la LMRFP o sus equivalentes autonómicos.

- la anterior perspectiva, sin embargo, no permite esgrimir o mediatizar la potestad pública de atribuir los puestos vacantes a funcionarios, por mandato de la ley, lo que implica validar las modificaciones ulteriores de cambio de régimen: *“al venir atribuida dicha potestad para el cumplimiento de los objetivos y fines de intereses generales encomendados legalmente a su gestión, ha de reputarse indisponible, y por ello no limitada ni limitable en su ejercicio por Convenio Colectivo....”* (STSJ Castilla y León 27-3-1993).

- en consecuencia, si la regla general es el desempeño de puestos por personal funcionario, aquellos que queden vacantes deben quedar *“automáticamente abrogados”* a personal funcionario y a *“desempeñarse por mandato legal”* por estos, quedando pues excluidos del manto protector y regulador del CC de aplicación (STSJ Castilla-León/Valladolid 25-1-1994).

- tal planteamiento se opone literalmente –así lo reconoce la STSJ de 27-3-1993 a la doctrina que a continuación comentaremos, por entender que la garantía de las expectativas de promoción profesional son únicamente de aplicación a la Administración Central y a sus OOAA, pero no a las Administraciones autonómicas y entes locales, ni aún supletoriamente, si existe una norma autonómica –al respecto, todas las Comunidades las han promulgado- y, en el caso en cuestión, tal garantía no existía en la LFP de Castilla-León, lo que implica el reconocimiento del derecho de estabilidad futura en el puesto de trabajo, pero no a puestos laborales funcionarizados no ocupados (STSJ Castilla-León/Valladolid 25-1-1994). De ahí se deriva que, en ese momento, se formalizaran pactos entre la Administración y los sindicatos en donde el trabajador a extinguir no podría ya participar en concursos ni promociones internas para puestos de su especialidad, y sí a otras especialidades reservadas a laborales, transformándose automáticamente su plaza en funcional si solicitaba su excedencia voluntaria⁷³.

⁷³ Prueba de ello es el Anexo V, punto II del II CC del personal laboral de la Xunta de Galicia (resolución de la DGT de 19-11-1990, DOG 11-12-1990); la DA 10ª de la LFP Comunidad Valenciana, según redactado dado por el art.19 de la Ley 10/1998 de 28 de diciembre de medidas administrativas garantiza

Sin embargo, la que entendemos tesis mayoritaria vigente, asumida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de febrero de 1992, y seguida por otros Tribunales Superiores⁷⁴, permitiría calificar como incorrecta y contraria al espíritu y a la letra de la DT 15ª la doctrina anteriormente expuesta; la funcionarización supone la integración en un Cuerpo o Escala, pero es una integración horizontal, en tanto que la promoción como tal debe entenderse como un ascenso de nivel o categoría y, por otro lado, tal proceso no es de promoción interna, como prevé el art.22 de la LMRFP, sino una participación restringida con tal carácter horizontal. En cuanto a la genérica posibilidad de ocupar otros puestos de trabajo, sino se concreta más, estos acaban siendo realmente limitados y por tanto, reducidos a un ámbito muy pequeño⁷⁵; finalmente, calificar la participación en acciones formativas como un sistema de promoción, no deja de ser una calificación espiritualista de tal promoción: lo será desde la perspectiva de la mayor cualificación que tendrá el trabajador, pero no del reconocimiento profesional y social que pueda derivarse desde la óptica de una mayor categoría, grupo o puesto a ocupar.

En cuanto a la promoción profesional, la jurisprudencia de la última década ha establecido un marco ciertamente protector que pretende garantizarla, aunque los trabajadores afectados estén inmersos en una Administración altamente funcionarizada, pues el propio Tribunal Supremo ha afirmado que limitar la promoción a los puestos de posible adscripción a personal laboral que se deriva del art.15.1.c de la LMRFP es tanto como validar un menoscabo de tales expectativas de promoción (STS 4-2-1992). Ello implica establecer, juntamente, que tales trabajadores, incluidos los que ostentan categorías a extinguir, mantienen un haz de derechos equivalentes a sus homólogos no afectados por la DT 15ª, no pudiendo ser discriminados por esa simple circunstancia, manteniéndose aquellos derechos que al igual que otros trabajadores tengan reconocidos por norma legal o convencional, como ha recordado la STSJ Baleares 18-10-1994.

al trabajador su permanencia en el puesto “*pero en ningún caso podrá pasar a desempeñar otros puestos de naturaleza distinta de la que personalmente ostente...*”.

⁷⁴ Entre las más destacadas, STSJ Madrid 29-9-1994 y STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000.

⁷⁵ La STSJ Andalucía/Sevilla de 17-3-2000 es muy clara: “...*tampoco puede estimarse que la promoción se cumpla a través de los puestos que mantengan la condición de laborales conforme a la nueva redacción del art.15 de la Ley, pues ello, dada la reducción de estos puestos y la limitación de su ámbito profesional, supondría un sensible menoscabo de las expectativas de promoción...*” (FD 2º).

Para este planteamiento, son varias los puntos de referencia que deben tenerse en cuenta a la hora de valorar la garantía de carrera para los laborales, agrupados en cuatro requisitos que deben ser acatados por las Administraciones que aprueben procesos de funcionarización, y que han sido enmarcados por la STS 4-2-1992 y la SAN 13-7-2001:

a) en primer término debe fijarse el momento temporal en que se aplica la reserva general de puestos a funcionarios. En el ámbito estatal ya hemos visto que ello acontece el 30 de julio de 1988, siendo diferente para la administración autonómica, local y universitaria, en función de lo que la legislación disponga para cada una de ellas. Todas las plazas laborales que con posterioridad a esa fecha no hayan sido reconvertidas a funcionarios, formarán parte del colectivo de puestos o plazas a las cuales podrá optar, en su carrera profesional, el trabajador no funcionarizado, pero no sólo ellas, sino también las que antes de aplicar la ley tuvieran la condición de laborales.

b) en segundo término, deben existir trabajadores que reúnan los requisitos necesarios según la normativa de aplicación, con carácter de fijeza antes del 30-7-1988, y que hubieran podido promocionar a las referidas plazas.

c) que la normativa –hemos de entender fundamentalmente la convencional- permita o ampare la promoción interna a tal o cual plaza o puesto.

d) que tras la entrada en vigor de la Ley correspondiente (Ley 23/1988, en el caso estatal), el ascenso o promoción sea posible de conformidad con las normas laborales sectoriales vigentes en la fecha de la nueva convocatoria con independencia de la adscripción de los correspondientes puestos de trabajo en las RPT como funcionariales.

Estos cuatro requisitos implican que los trabajadores que, con anterioridad a la fecha temporal en que se requiera para la funcionarización, estuvieran en posesión de la titulación y restantes requisitos exigidos, podrán participar en los procesos de promoción para todas aquellas plazas que con anterioridad a la Ley 23/1988 estaban adscritas a personal laboral, de tal manera que la Administración, si quedan vacantes, no puede transformarlas directamente en funcionariales y convocarlas como tales, sino que previamente debe ofertarlas a los trabajadores que tuvieran una expectativa de promoción, por lo que, existiendo el puesto, el régimen jurídico aplicable será el previo

a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 o sus equivalentes autonómicos y locales. Esta doctrina fue sentada por la STS 4-2-1992 y es la seguida en posteriores pronunciamientos judiciales, tal como ya hemos indicado, y ha sido acogida expresamente por determinadas normas, al permitir la ocupación excepcional de puestos funcionariales en ausencia de puestos laborales⁷⁶.

Esta tesis jurisprudencial nos permite configurar que el trabajador con categoría a *extinguir*, dicho así por la ley o por la realidad de los hechos, conserva un haz de derechos y garantías, que aunque ciertamente más limitado, que no puede obviar el derecho constitucional y legal a la carrera profesional; ello nos permite rechazar la doctrina mantenida por las SSTSJ Castilla-León/Valladolid 27-1-1993 y 25-1-1994, que estimaban que la garantía de las expectativas profesional sólo eran para el personal laboral del Estado y sus OOAA y no para las Comunidades Autónomas con regulación funcionarizadora propia, pues entendemos que la misma deriva, no de la ley estatal o autonómica, sino de la propia CE, al reconocer el derecho a la promoción en el trabajo en su art.35: tal derecho existiría, para categorías o grupos a extinguir aún sin que la DT 15ª indicara nada en ese sentido.

Ante ello, entendemos que cabe efectuar tres consideraciones finales, que agrupan nuestro parecer en torno a este complejo problema:

En primer término, entendemos que la doctrina emanada del Tribunal Supremo, aunque respetuosa con los derechos y expectativas del personal laboral restante, casa mal con la opción funcionarizadora que emana de la CE y de la doctrina del Tribunal Constitucional y no sólo solventa, sino que agrava, la distorsión de puestos funcionariales ocupados por personal laboral, pues no sólo se garantiza la estabilidad de éste en el puesto que ocupaba a la entrada en vigor de la Ley 23/1988 o sus equivalentes autonómicos, sino que permite la progresión de tal laboralización a otros puestos funcionariales vacantes. El derecho a la promoción profesional colisiona aquí con otro de los principios emanantes de la CE, cual es que el régimen del personal al servicio de la Administración debe ser el funcionarial.

⁷⁶ Art.2.2 del Decreto 289/2001 de 15 de noviembre de la Xunta de Galicia.

Como respuesta a esta colisión, entendemos que con mayor razón que nunca, la negociación colectiva deberá hacer un gran esfuerzo para paliar los déficits que sin duda surgirán, no sólo desde la perspectiva de la promoción profesional o de la movilidad horizontal, que percibimos como de difícil resolución a pesar de la tesis del Tribunal Supremo, sino en cuanto a otros derechos vinculados directa o indirectamente al ejercicio de un puesto de trabajo: la formación profesional, la promoción económica, la realización de trabajos de inferior o superior categoría de manera coyuntural, la pérdida de contenido funcional de la categoría o grupo –esto es, el debilitamiento del derecho a la ocupación efectiva- o el acceso a puestos de jefatura, entre otros aspectos; precisamente cuando el propio Tribunal Supremo, en sentencia de 16-6-1987 entiende que “*el acceso a puestos de jefatura debe reservarse a funcionarios, no siendo admisible que, en concurrencia con éstos, se dé esa oportunidad también al personal contratado*” y hasta el punto de afirmar que tal acceso a puestos de jefatura “*forma parte del contenido propio de la carrera funcional*”, que se vería menoscabada o afectada si se permite el acceso, con carácter general, al personal laboral (FD 2º). Y ello máxime cuando es evidente que las leyes de función pública, en base a la remisión que el ET efectúa al convenio colectivo, han abandonado la posibilidad de establecer criterios de analogía en el tratamiento de la carrera profesional del colectivo de personal laboral, por lo que hacemos nuestra la posición ya defendida poco después de la promulgación de la LMRFP de 1984 de que hubiera sido necesario instrumentar una respuesta común, en cuanto a la carrera y promoción profesional, de trabajadores y funcionarios, en aquello que fuera posible, salvo que, *de facto*, aunque no formalmente *de iure*, se acepte que los trabajadores, y más aún aquellos que perviven tras un proceso de funcionarización, carecen de verdadera carrera administrativa o que para hacerla, deban “*transmutar*” su vínculo de laboral a funcional⁷⁷.

Sin embargo, tal posición débil del trabajador no funcionarizado tampoco es ajena al derecho laboral: su estatuto jurídico vendrá determinado por lo que la doctrina ha denominado la influencia de la dimensión laboral del empresario en la configuración de

⁷⁷ SERRANO DE TRIANA, Adolfo: “*Carrera administrativa y función pública autonómica*”. DA, núm.210-211, 1987, págs.142.143. Con un planteamiento ligeramente discrepante, al afirmar que tal derecho de promoción está “*razonablemente*” protegido en la Administración pública, en cuanto al personal laboral, se manifiestan SALA FRANCO, Tomas y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, en “*La carrera...*”, ob.cit., pág.187, si bien centran precisamente esta protección en los aspectos formativos y de reconversión profesional.

las relaciones laborales. Esta influencia, pensada para el ámbito de la mediana empresa y, más concretamente, de la pequeña o de la micro-empresa, guardará a nuestro juicio una gran similitud con la de ese grupo de trabajadores no funcionarizados, en franca minoría según haya sido mayor o menor el alcance del proceso funcionarizador, y en permanente retroceso numérico, excepción hecha de que la Administración incurra en un nada desconocido círculo vicioso de nueva incorporación de trabajadores en el futuro en función de cambios de criterios políticos o por el desarrollo de nuevas opciones en las leyes de función pública, como supuso, en el ámbito estatal, el nuevo supuesto de contratación laboral para puestos auxiliares establecido por la ley 42/1994.

En sentido contrario, debemos señalar que la situación del personal laboral no funcionarizado no puede implicar que, por esa misma condición, puedan atribuírsele derechos u obligaciones sin otra justificación que ese mismo estatus, ya sea en sentido negativo como favoreciéndole. La práctica llevada a cabo por algunas Administraciones de compensar esa situación mediante complementos económicos referidos exclusivamente a su carácter de “no funcionarizados” colisiona con el principio de seguridad jurídica; en este sentido, la condición de personal no funcionarial no constituye una causa objetiva y razonable que le permita recibir determinado complemento o, a la inversa, que lo excluya del mismo. Idéntica respuesta debe otorgarse cuando la exclusión, o la concesión, se otorga a trabajadores que en el futuro puedan participar en el proceso de funcionarización: ni las expectativas de estos ni la situación consolidada de aquellos otros habilita por si misma, a tal diferencia⁷⁸.

Por todo ello, creemos necesario efectuar una tercera y última consideración, en donde a nuestro juicio planteamos la solución, o al menos una aproximación a la respuesta, del problema, y al cual el legislador parece haber sido sensible, aunque tímidamente: la garantía de los derechos de expectativas de promoción profesional a través de tratamientos específicos legales.

⁷⁸ Así debió pronunciarse el Tribunal Supremo en su sentencia de 6-7-2000. En concreto, la STS declaró nulo el acuerdo del gobierno balear de conceder un determinado complemento económico a los trabajadores no funcionarizados y a los funcionarios de carrera, excluyendo temporalmente a los que tenían expectativas futuras de poder ser funcionarizados: “*la Administración Pública (...) no se rige en sus relaciones jurídicas (...) por el principio de autonomía de la voluntad, sino que queda sujeta al principio de igualdad ante la ley (...) su decisión (...) no es objetiva ni razonable*”.

Tradicionalmente, al promoción profesional del personal laboral ha venido entendiéndose como el ascenso o ocupación de puestos, plazas, categorías o grupos superiores o diferentes; la misma lógica en cuanto al personal funcionario. Esta lógica no se comunicaba –mejor dicho, no se comunica- de tal manera que la promoción es en todo caso para unos y otros dentro del ámbito de su propio régimen jurídico, reservándose plazas o puestos en porcentaje mayor o menor para la promoción interna, pero exclusivamente a los que ostentaban ya un predeterminado vínculo jurídico.

Sin embargo, la Ley 53/2002 de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social ha añadido un tercer apartado al art.22 de la LMRFP, ubicado bajo la rúbrica de “*fomento de la promoción interna*”. En este nuevo precepto, se habilita a que el Gobierno pueda determinar a qué Cuerpos y Escalas funcionariales podrá accederse, desde la condición previa de personal laboral de un grupo o categoría profesional equivalente al Grupo de titulación correspondiente al cuerpo o escala al que se pretenda acceder, siempre que tales laborales desempeñen funciones sustancialmente coincidentes o análogas en su contenido profesional, en su nivel técnico, se deriven ventajas para la gestión de los servicios, se encuentren en posesión de la titulación académica requerida y superen las correspondientes pruebas. Si bien tal precepto ha sido definido por la muy escasa doctrina que lo ha analizado como un nuevo empeño de funcionarización, en realidad abogamos por una aplicación del mismo como fórmula de solución al problema de las expectativas profesionales del personal laboral y de ahí que la nueva DA 25ª de la LMRFP, añadida también por Ley 53/2002, se inserte plenamente en nuestro planteamiento: a través de ella, aunque con carácter excepcional, y siempre cumpliéndose las condiciones y requisitos que se establezcan al respecto, en todas las convocatorias de promoción interna al Cuerpo general Auxiliar (grupo D) de la Administración del Estado podrán permitirse la participación en las mismas del personal laboral del grupo de subalternos (grupo E) o desde un grupo o categoría profesional equivalentes al grupo E según la clasificación que prevea la negociación colectiva.

Pese a las dudas de la doctrina, que no se atreve a calificar estas normas como reglas de promoción o de funcionarización⁷⁹, postulamos que la respuesta debe ser una ósmosis de ambas y una aplicación, clara y precisa, de un modelo de promoción y de respeto a

⁷⁹ CORDERO SAAVEDRA, Luciano: “*Régimen...*”, ob.cit., pág. 98.

las expectativas profesionales del personal laboral a extender a otros grupos de clasificación: permitir que el personal laboral pueda acceder, por promoción interna, y cumpliendo los requisitos exigidos para la promoción interna funcionarial, a excepción hecha de la naturaleza jurídica del vínculo, a una categoría o grupo profesional superior –o de igual nivel, pero de diferente contenido funcional, esto es la promoción horizontal-. Se articularía así, pese a las críticas formuladas, una promoción interna real que implicaría, al mismo tiempo, una funcionarización de ese personal laboral, por lo que se daría respuesta a una doble necesidad: la de garantizar los derechos de expectativa del personal laboral y la resolución del problema distorsionador de personal laboral que ocupa puestos de funcionarios. También creemos que el legislador debiera posibilitar la existencia de puestos *mixtos*, a los que puedan acceder por promoción tanto laborales como funcionarios: tal opción, no necesariamente contraria al actual art.15.1.c de la LMRFP no colisionaría con la CE siempre que tuviera una justificación clara y objetiva, por razones de interés público pero también de protección del derecho de promoción de los trabajadores funcionarizados, y prevista por la ley, para así cubrir la exigencia emanada de la STC 99/1987⁸⁰. Y finalmente, haciéndonos eco de determinadas propuestas más recientes en el tiempo, sería muy adecuado potenciar un modelo de carrera del personal –laboral, aunque también se propone para el personal funcionario- que potencie y valore el conocimiento experto del empleado sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo⁸¹.

Finalmente, una completa consideración merece la situación del trabajador en excedencia sin reserva de plaza en relación a una Administración en donde haya acontecido un proceso de funcionarización.

Si la excedencia o suspensión contractual daba derecho a reserva de puesto de trabajo, este trabajador tuvo derecho en su momento a participar en el proceso de funcionarización, tal como detallamos en el capítulo segundo de esta misma segunda parte de la tesis o, si no lo hiciera, mantener su derecho de reserva, de tal forma que, con

⁸⁰ En este mismo sentido, CAMPS RUIZ, Luis Miguel y SALA FRANCO, Tomas: “*La clasificación...*”, ob.cit. págs.29 y 30. Como ya tuvimos ocasión de plantear también en otro momento, aunque referido a la provisión de puestos funcionariales por parte de personal estatutario, la DA 3ª de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre del Estatuto Marco del personal estatutario establece un régimen parecido al aquí propuesto, al permitir que este tipo de personal pueda acceder a puestos correspondientes a personal funcionario, en cualquier Administración Pública, en la forma y cumpliendo los requisitos que la legislación prevea.

⁸¹ FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel: “*Movilidad...*”, ob.cit., pág.13

los requisitos y limitaciones que en su momento se determinarán, ese derecho de reingreso debe mantenerse.

La mayor dificultad se localiza cuando el trabajador ha solicitado una excedencia voluntaria o cualquier otra situación en donde no hay reserva de plaza, sino únicamente una expectativa de reingreso. En el supuesto más específico de la excedencia voluntaria, el trabajador no tiene derecho a la reserva de puesto sino que conserva sólo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la Administración Pública (art.46.5 ET). Se trata de un derecho potencial, o expectante, condicionado a que existan vacantes de igual o similar categoría en el momento de la solicitud de reincorporación (STS 25-10-2000).

Desde el momento en que el trabajador solicitó la excedencia, y con independencia de que hubiera ya sucedido un proceso de funcionarización o se desarrolle con posterioridad, pero siempre antes de su petición de reingreso, la Administración puede afectar al puesto que ocupa de dos maneras según la jurisprudencia: en primer término, cubriéndolo con cualquier tipo de fórmula laboral, incluida la fija, pero en ningún caso con un trabajador interino salvo que se trate de interinidad hasta la cobertura definitiva de la plaza; en segundo lugar, a través de su amortización.

La amortización supone la eliminación del puesto dejado vacante. La jurisprudencia ha afirmado que no hay una libertad plena de amortización, por que podría contrariar el derecho expectante al reingreso, sino que deberá hacerlo a través de las reglas legales (STS 16-3-1987), por lo que en los procedimientos de extinción colectiva de contratos de trabajadores, la empresa debe incluir también a los excedentes voluntarios (STS 28-4-1987).

Sin embargo, frente a estas dos posibilidades se alza una tercera, que no se ha planteado comúnmente entre la doctrina, y no es otra que, con posterioridad a ser solicitada la excedencia voluntaria, ese puesto y todos aquellos otros de igual o similar categoría, como consecuencia de un proceso de funcionarización, pasen a ser adscritos a funcionario. Ello sucede de diversas formas: mediante el establecimiento de la regla general de que cualquier vacante en determinada categoría o grupo profesional, sin reserva de puesto, pase a ser adscrita y/o cubierta por personal funcionario

automáticamente, o a través de la referencia específica en las RPT de que aquellos puestos son ocupados por personal laboral en tanto mantengan una efectiva prestación de servicios o tengan derecho de reserva, pero en el momento en que ello ya no suceda, el puesto se considerará a todos los efectos como adscrito a personal funcionario y sólo esté podrá concursar o acceder al mismo.

Además, esa expectativa al reingreso se ve matizada por dos factores más: primero, porque el derecho preferente no opera frente al derecho de reserva de puesto de otros empleados con excedencia forzosa o suspensión con reserva; en segundo lugar, porque el derecho preferente tampoco puede alegarse frente a las opciones de ascenso o traslado que los restantes trabajadores de la Administración, en activo, tuvieran derecho según su convenio colectivo (STS 21-4-1986).

A nuestro juicio, la respuesta jurídica que cabe dar a estos supuestos pasa por una doble perspectiva, siempre al amparo de la legislación vigente:

a) Si la petición de reingreso se produce con posterioridad a que los puestos de igual o similar categoría a las del trabajador excedente son adscritos a personal funcionario en las RPT, por aplicación de la ley respectiva. En este supuesto, el trabajador no tendrá derecho a reingresar en alguno de ellos, aunque se encuentre vacante, dado que la catalogación como funcionarial hace perder su condición de adscritos a laborales, en aras de la aplicación correcta del art.15.1.c LMRFP⁸² (STSJ Madrid 29-9-1994).

En consecuencia, el trabajador continuará manteniendo su derecho de forma indiscutible, y su vínculo continuará en suspenso hasta que se produzca una vacante. Pero el previo proceso de funcionarización dará cobertura a la Administración para denegarle el acceso a un puesto adscrito a funcionario, pues las normas administrativas y la propia Constitución condicionan esos puestos, hasta el punto de que como obligación constitucional la Administración ha hecho desaparecer todas las plazas afectadas por el art.15.1.c LMRFP o sus equivalentes. El principio de estabilidad fijado por la DT 15ª permite que los trabajadores no funcionarizados permanezcan en sus

⁸² Manteniendo una tesis distinta, la STSJ Baleares 20-4-1994 califica de “*circulo vicioso*” tal opción, que debilita su situación de excedencia e imposibilita su real reingreso por la total funcionarización de las plazas.

puestos, pero ello no es aplicable a los que están en situación de excedencia voluntaria (STSJ Madrid 28-4-1999 y STSJ Murcia 2-5-2000).

b) respuesta distinta ofrecemos si la petición de reingreso acontece con anterioridad a la adscripción de los puestos a funcionarios o, siendo posterior, se produce una vacante laboral a partir de ese momento, aunque tal vacante de igual o similar categoría lo sea en puesto adscrito a funcionario. En este último supuesto, la Administración no podrá alegar que el puesto debe ser cubierto necesariamente por un funcionario público y que el derecho de estabilidad en aquél únicamente se predicaba para el trabajador que lo ocupara. De aceptarse esta argumentación, el derecho al reingreso derivaría en una simple apariencia, pues en ningún caso ya podría un trabajador excedente reingresar. Por ello, la respuesta adecuada es que, formulada la petición de reingreso, ese trabajador tendrá derecho de reingreso sobre futuras vacantes de igual o similar categoría que se produzcan aunque esos puestos estén adscritos a funcionario (STSJ Murcia 28-7-1995), lo que supondrá que ocupará un puesto reservado a funcionario con idénticos derechos y obligaciones que los restantes trabajadores en igual situación⁸³, pudiendo en el futuro, si así sucediera, participar en el proceso de funcionarización que se convocada.

Igual conclusión mantenemos si se trata de un trabajador contratado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley que regule la adscripción de puestos a funcionarios y laborales.

La jurisdicción, en aras de un principio tuitivo de la relación laboral, considera que aquella contratación no pudo haberse llevado a cabo *contra legem*, por lo que en esos supuestos, si con posterioridad se aprueba un proceso de funcionarización, este no podrá alegarse como impedimento para el reingreso, por cuanto se ha considerado que tal adscripción *post legem* supone *de facto* una amortización de la plaza que requería autorización de la Autoridad laboral (STSJ Murcia 28-7-1995). Aunque como hemos podido comprobar en el capítulo tercero de esta misma segunda parte, en la práctica real ello ha sucedido a menudo y discrepamos de la consideración judicial entendemos que a través de la RPT es posible adscribir esos puestos a funcionarios, por cuanto lo que la

⁸³ Entre la doctrina, así también lo formula MAURI MAJÓS, Joan: “*La selecció...*”, ob.cit., pág.125, nota a pie de página núm.163.

ley establece es una opción por la laboralización pero en absoluto una obligación; sin embargo, la conclusión nos parece acertada en cuanto al derecho del excedente voluntario, que debe tener derecho al reingreso en plazas de igual o similar categoría vacantes, aunque estén adscritas ya a régimen funcionarial⁸⁴, por lo que sería aconsejable que la negociación colectiva laboral establezca las formulas o garantía de tales derechos de reingreso⁸⁵.

Sin embargo, esta problemática es la que ha dado pie que, tal como expusimos en el capítulo segundo (segunda parte), se haya habilitado, por la vía de los hechos –es el caso de la Administración del Estado, pues nada prevé al respecto, sino todo lo contrario, la norma legal- o por disposición legal y reglamentaria en algunas Comunidades Autónomas, la posible participación de trabajadores excedentes voluntarios en los procesos de funcionarización, de tal manera que si lo superan, pasan a tomar posesión y a situarse en la situación administrativa de excedencia voluntaria. A nuestro juicio, sería deseable una reforma legal que diera cobertura a tal opción. No obstante, y pese a esta posibilidad, también entendemos que la no participación en estas convocatorias no puede ser argumentada por la Administración en el futuro para negar el reingreso. En primer lugar, porque tal interpretación quebraría el carácter voluntario del proceso, de modo que si el trabajador no lo hace, o no lo supera, quedaría sin plaza y en segundo término, porque tal exigencia no viene autorizada por ninguna norma legal, y mucho menos por el ET, de tal manera que la jurisdicción, en supuestos similares, ha concluido que no puede imponerse a un trabajador tal obligada participación para su reconversión, salvo que se cumplan dos requisitos de carácter necesario: que esté autorizado por la Autoridad laboral y que haya también un derecho de opción para un abandono indemnizado (STSJ Murcia 28-7-1995). Compartimos la tesis, pero no las razones: la participación en el proceso será siempre una opción voluntaria, y así lo

⁸⁴ STSJ Murcia 28-7-1995: “*como quiera que es imposible pensar que la Comunidad lo contrata en contra de lo dispuesto en su propia Ley de la función pública, habrá que concluir que el puesto para el que fue contratado no era de los clasificados para funcionarios públicos, sino que correspondía a personal laboral...*”.

⁸⁵ Aunque indirectamente así puede desprenderse de la STSJ Madrid 18-3-1998, pues establece que será el CC en vigor al momento de solicitar el reingreso el de aplicación, y no el vigente al tiempo de concesión de aquella el aplicable, cuando el trabajador que solicita ve afectada su expectativa por un proceso de funcionarización; un ejemplo de tal previsión aparece en el CC del personal laboral de La Rioja (Acuerdo de 22-1-1997, BOLRI 8-2-1997), según el cual la petición de reingreso da opción a la misma en caso de producirse una vacante de tal categoría –no establece que sea precisamente en régimen laboral- en el plazo de un año, transcurrido el cual el interesado deberá manifestar de nuevo su voluntad de reingreso (art.29.7).

hemos mantenido a lo largo de esta tesis incluso para el supuesto particular de la Comunidad Foral de Navarra; en cuanto a los dos requisitos, creemos que la jurisdicción, en el mencionado pronunciamiento, asimila la funcionarización y sus consecuencias sobre los puestos de trabajo al procedimiento de modificación de condiciones de trabajo –recuérdese que fue emitida en relación a un supuesto anterior a la reforma laboral del 1993-1994-, y deriva a la Administración laboral para su autorización, permitiendo que esta pueda obligar a la participación en un proceso selectivo, circunstancia que nos parece contraria a Derecho.

CONCLUSIONES

La funcionarización del personal laboral de las Administraciones Públicas, entendido como aquel proceso en virtud del cual sus trabajadores participan en procedimientos selectivos restringidos cuya superación implica obtener la condición de funcionario supone una de las singularidades más destacadas del régimen jurídico de acceso al empleo público.

La tesis que aquí se ha presentado a consideración del Tribunal se ha centrado en los siguientes aspectos esenciales: a) la delimitación del marco normativo aplicable a los procesos de funcionarización; b) la determinación de qué puestos corresponden ser cubiertos por personal funcionario y cuáles pueden o deben ser servidos por trabajadores; c) el análisis de la naturaleza jurídica de los procesos de funcionarización desde la perspectiva constitucional y, en especial, su carácter restringido; c) la técnica normativa empleada en la regulación del proceso, tanto en el ámbito estatal como autonómico; d) la interrelación entre las estructuras de personal laboral y funcionario en el momento de insertar unas y otras en el proceso de funcionarización, y como éste y los instrumentos de gestión de personal se mediatizan e influyen mutuamente; e) el aspecto selectivo del proceso de funcionarización, propiamente dicho, sustentado en tres ámbitos básicos: el aspecto subjetivo –quien participa-, el aspecto temporal –cuando debe haberse consolidado la situación de trabajador fijo- y el esencial y a la vez complejo procedimiento de selección *ad hoc* que comporta; dentro de este apartado selectivo, hemos efectuado un relativamente extenso estudio de la funcionarización en la Comunidad Foral de Navarra, que, por sus particularidades en el sistema de empleo público y la evidente disfunción entre el esquema allí aprobado y los mandatos constitucionales y legales imperantes en el resto del Estado, hemos creído ha merecido un estudio individualizado; y, finalmente, aunque ya *extra muros* de nuestra voluntad inicial –esto es, analizar la institución jurídica de la funcionarización desde la perspectiva de su articulación normativa, su encaje en el sistema constitucional y el proceso selectivo que ella implica- una aproximación a las consecuencias de la misma, al *día después* tanto del personal funcionarizado como de aquél que no supera o participa en el proceso.

A lo largo de la tesis hemos planteado numerosas conclusiones y hemos formulado propuestas – quizá con una cierta osadía en ocasiones- *de lege ferenda*, o al menos de reforma, retoque o adaptación normativa, que hemos considerado como oportunas para clarificar o consolidar las

reglas de la funcionarización en la Administración del Estado y Seguridad Social, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Universidades Públicas. Nuestro deseo, en estas conclusiones finales, es destacar aquellos aspectos más relevantes que en cualquier tesis doctoral son fruto de un análisis extenso en el tiempo así como aquellas propuestas que, por ser también más significativas, merecen –a nuestro juicio- un trato especial en este ya apartado final.

I.- El marco histórico actual en que se ve inmersa la Administración Pública española y europea puede definirse como un proceso de laboralización, privatización o de *huida del Derecho Administrativo*, aunque no de manera homogénea en cada país. Esta línea es aplicable a la Administración española y ello acarrea una influencia indudable en la evolución del empleo público.

Sin embargo, tal tendencia no ha impedido que, a su vez, resultado de la doctrina del Tribunal Constitucional tras la STC 99/1987 de 11 de junio, las Administraciones españolas hayan puesto en marcha un proceso de *funcionarización* de parte de sus empleados, vinculados contractualmente. Hemos podido destacar que esta *funcionarización* puede entenderse desde una óptica objetiva y una subjetiva.

La primera puede configurarse conceptualmente tanto como un incremento del número de empleados sometidos al Derecho Administrativo en todas las Administraciones -en aplicación de la STC 99/1987- como la traslación de figuras propias del Derecho Administrativo al ámbito laboral, tanto público como privado, de lo que es ejemplo la excedencia funcionarial.

El plano subjetivo ha sido el objeto de análisis de esta tesis doctoral. Implica plantear la funcionarización desde la perspectiva del empleado laboral. En concreto, esta funcionarización se conceptualiza como un proceso selectivo restringido, en principio de carácter transitorio y circunstancial, regulado legal y reglamentariamente pero sin que la negociación colectiva sea ajena del todo en su normación, en virtud del cual determinados trabajadores al servicio de la Administración, sujetos a un contrato de trabajo, adquieren la condición de funcionarios públicos tras participar y superar el referido proceso.

En este plano subjetivo la funcionarización supone una modificación en la relación jurídica del

trabajador funcionarizado, que se desarrolla en dos fases: la reclasificación –dato este fundamental- del puesto de trabajo que ocupa, que pasa a ser adscrito a régimen funcionarial y el cambio efectivo del vínculo del trabajador, resultado final del proceso selectivo convocado a tal efecto. Tal cambio, no obstante, no supone el nacimiento de la relación funcionarial sin ningún tipo de cargas o influencias sino que, al contrario, el anterior estatus laboral modula y afecta al nuevo vínculo y éste, por otro lado, se desarrolla en unos parámetros diferentes a los de los funcionarios que han adquirido tal condición a través de un proceso selectivo externo.

II.- Los procesos de funcionarización tienen su origen en la doctrina sentada por la STC 99/1987 que declaró inconstitucional el art.15.1 de la LMRFP, abiertamente laboralizador, y sentó el criterio que, con carácter general, el personal al servicio de la Administración Pública deba ostentar la condición de funcionario, siendo posible el recurso al personal laboral en los supuestos y condiciones que la ley pueda establecer.

Fruto de tal sentencia, el legislador modificó la LMRFP de 1984, dando un nuevo redactado al artículo 15 e introduciendo una nueva Disposición Transitoria, la decimoquinta, que conjuntamente a las normas promulgadas a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1989, 1990 y 1991 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27-3-1991, de escasísimo valor normativo, constituyen el cuerpo básico que regula la funcionarización de los trabajadores de la Administración General del Estado y de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

La regulación de los procesos de funcionarización parte de tal marco normativo, si bien en los últimos quince años las diversas regulaciones legales, reglamentarias y convencionales se han ido sucediendo en una dinámica sin fin, como lo acreditan posteriores Leyes y Reales Decretos más cercanos en el tiempo. Las convocatorias efectivas de plazas se han ido aprobando igualmente de forma continua a lo largo del precitado período, alcanzado en el ámbito estatal un elevado número de trabajadores empleados y sin que en el momento presente tampoco pueda verse un final definitivo al proceso.

III. - La DT 15ª LMRFP no tiene atribuido el carácter de norma básica de conformidad con lo previsto en el art.149.1.18 CE. Tal carácter no se establece expresamente ni para la DT ni

tampoco para el art.15.1.c LMRFP, pese a que determinados sectores doctrinales de la máxima solvencia, como es el Consejo de Estado, se hayan inclinado con claridad por una interpretación favorable a inducir ese carácter de básico para aquella primera, si bien con alguna matización desde la perspectiva no del derecho de la función pública sino del marco competencial de la legislación laboral.

Los esfuerzos teóricos para deducir tal carácter, que el Tribunal Constitucional ha validado para otros preceptos de la LMRFP como es el caso de la DT.6.4 de la LMRFP que instituyó procesos selectivos restringidos para los antiguos contratados administrativos, no los creemos factibles para la DT 15ª dado su tenor literal. Esta conclusión se mantiene tanto para el primer como el segundo apartado.

En el primer apartado, la aprobación de una garantía de estabilidad para el personal laboral que ocupe puestos de funcionarios quizá se hubiera podido articular como norma básica del régimen jurídico de las Administraciones y de los funcionarios públicos, pero no habiéndolo hecho así el legislador no tenemos argumentos para defender tal carácter, por cuanto no supone tal régimen de estabilidad ninguna excepción a una regla general de carácter básico.

En cuanto al segundo apartado, la articulación de un proceso singular de funcionarización, que ha derivado en realidad en un proceso restringido, supone efectivamente una excepción a la regla general de que el acceso a la función pública debe llevarse a cabo a través de pruebas libres (art.19 LMRFP), por lo que de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 151/1992 y 302/1993) la excepción a tal regla debe ostentar el carácter de norma básica.

Sin embargo, el tenor literal del segundo apartado de la DT 15ª LMRFP impide llegar a tal conclusión, si bien *de lege ferenda* hemos defendido que el legislador debiera considerar tal carácter, pero con las necesarias adaptaciones en la redacción del precepto.

A nuestro juicio, no puede inducirse el carácter básico en el redactado actual porque expresamente se refiere al proceso de funcionarización del personal laboral fijo de la Administración del Estado y de la Seguridad Social, circunscribiéndolo a un ámbito temporal (ingresado antes del 30 de julio de 1988 o por pruebas convocadas antes de esa fecha) que es

lógico por cuanto fue el momento de reforma del art.15.1.c LMRFP, pero que deviene absurdo para las Comunidades Autónomas (que reformaron su legislación con posterioridad), para las Corporaciones Locales cuya Ley de Bases data de 1985, sin reforma posterior en cuanto a este aspecto, o para las Universidades Públicas, cuyo ámbito temporal es aún más confuso y ambivalente tras la aprobación de la LOU. Este segundo apartado de la DT 15ª LMRFP tiene lógica, en consecuencia, como elemento para solventar los problemas de tránsito de la vieja (LMRFP de 1984) a la nueva legislación (reforma de 1988), pero sin pretender que tal marco normativo se aplique a la función pública autonómica, local y universitaria (en este último caso, para el PAS).

No obstante lo anterior, apostamos por una consideración básica del primer párrafo de la DT 15ª de la LMRFP desde la perspectiva de la legislación laboral, al fijar una garantía de permanencia en el puesto, predicable de todo el personal laboral de cualquier Administración pública española, cuyo puesto se reclasifique a funcionario. En este sentido, hemos apostado por que tal garantía forma parte, ya, del acervo jurídico de la relación –especial, si así quiere considerarse, aunque no lo haga la ley- del personal laboral al servicio de la Administración.

IV.- Como hemos ya señalado, el proceso de funcionarización instituido por la Administración del Estado y de la Seguridad Social a través de la DT 15ª LMRFP ha sido igualmente formulado en los ámbitos autonómico, local y universitario.

El esquema articulado para el Estado (reforma del precepto regulador de los puestos adscritos a personal funcionario y laboral y promulgación de una norma transitoria para regular el tránsito del antiguo al nuevo régimen) ha sido reproducido por las Comunidades Autónomas, con mayor o menor fortuna pero como regla casi unánime partiendo de la regulación estatal, a excepción de la Comunidad de Navarra. Sin embargo, en este ámbito, las normas reglamentarias y muy destacadamente las convencionales alcanzan mayor significación que en la esfera estatal, como fórmulas de articulación o concreción de los procesos de funcionarización, hasta el punto que numerosas leyes reguladoras de tales procesos tienen su punto de partida en el previo acuerdo Administración-sindicatos, sobre todo en el ámbito de regulación del estricto proceso selectivo.

Sin embargo, la cuestión más significativa que en torno a la funcionarización en las

Comunidades Autónomas puede plantearse es la determinación de la competencia de éstas para normar tales procesos y, en consecuencia, qué amparo gozan las Corporaciones Locales y las Universidades públicas para llevar a cabo también procesos de funcionarización con un soporte jurídico claro e indubitado.

La funcionarización, articulada como un proceso restringido de acceso a la función pública, supone una excepción a la regla general del art.19 de la LMRFP, que ostenta carácter básico, en virtud del cual tal acceso debe llevarse a través de un procedimiento selectivo libre. La consecuencia es que, de conformidad con la doctrina constitucional, también las excepciones deben contar con la habilitación a través de la norma estatal, a partir de la cual la Comunidad Autónoma podrá legislar. Tal habilitación no existe en el derecho español y, por ello, la legislación autonómica adolece de un difícil encaje con la norma básica estatal.

No obstante, tal posible extralimitación de la legislación autonómica puede salvarse en base a diferentes consideraciones. Hemos planteado, al respecto, que la doctrina de la STC 99/1987 de 11 de junio es de aplicación a todas las Administraciones Públicas y no únicamente a la estatal. Es obvio, pues, que las funciones públicas autonómicas, locales y universitarias inadecuadamente laboralizadas deben de tener la posibilidad de adaptarse a las exigencias de la STC 99/1987; tal adecuación sin embargo debe hacerse respetando unas reglas esenciales, cuáles son que la norma autonómica que contemple el proceso restringido ostente rango de ley, que se acredite la situación excepcional y no repetible de encontrarnos ante trabajadores que ocupan puestos adscritos a funcionarios, de tal forma que la mencionada adaptación supondrá tutelar valores reconocidos constitucionalmente.

Pese a lo anterior, hemos postulado a lo largo de la presente tesis que el Estado debería normar, con carácter básico, tal excepción al sistema general libre de acceso al empleo público, instituyendo los principios esenciales que deberían ser seguidos por la legislación autonómica y aplicables también, por tanto, a las Corporaciones locales y Universidades públicas. Ello supondría reforzar no sólo la coherencia del sistema en todo el territorio nacional sino también incluir un *plus* de seguridad jurídica altamente estimable, pues evitaría que el operador jurídico debiera, según el caso y la circunstancia, teorizar o articular sus fundamentos en base a los principios de equivalencia o identidad entre norma autonómica y local –que sucede sólo en

cuatro Comunidades Autónomas, debe destacarse- o mediante el carácter supletorio de la LMRFP, pese a lo inadecuado que ello supone en base a una DT 15ª promulgada en clave estrictamente estatal. Y en cuanto a la negociación colectiva, tal opción permitiría reconducir el carácter a menudo contrario a Derecho que la misma ha adoptado, especialmente en el ámbito del proceso selectivo, pero también en las consecuencias derivadas del proceso de funcionarización (régimen retributivo de los nuevos funcionarios, carrera profesional, etc..) fijando la esfera de su posible actuación y, en todo caso, siempre respetando la distribución de competencias entre el Estado, Comunidades Autónomas y restantes entes públicos (locales y universitarios).

V.- Los procesos de funcionarización se han articulado en torno a una previsión previa, la modificación del precepto correspondiente de la Ley de función pública (estatal o autonómica), o de la ley correspondiente que regule la cuestión, en virtud de la cual puestos que antes de la reforma podían ser ocupados por personal laboral pasaban a ser considerados como funcionariales. Como correlato a esta modificación, todas las legislaciones han aprobado normas que regulan el proceso de adaptación de los trabajadores adscritos a puestos funcionariales.

En el ámbito estatal, esta regulación aparece esencialmente en la DT 15ª de la LMRFP, adicionada por la Ley 23/1988 y modificada por la Ley 13/1996, y que ha servido como modelo a la normativa autonómica reguladora de la funcionarización de su respectiva función pública.

Si bien tal regulación aparece generalmente bajo la consideración de una disposición transitoria (como es el caso de la LMRFP o de la legislación catalana), las cuestiones por ella reguladas no necesariamente constituyen el objeto de tal disposición transitoria, de lo que es buena prueba la DT 15ª.

En esta última pueden establecerse dos grupos de materias o cuestiones: el primer apartado de la DT, que regula el régimen de estabilidad y promoción profesional de los trabajadores afectados por la modificación de las RPT, en tanto que el segundo apartado articula un proceso de funcionarización del mencionado personal laboral si acredita el cumplimiento de determinados requisitos.

La regulación del primer apartado carece del contenido propio de una Disposición Transitoria, por cuanto contiene una regla jurídica con vocación de permanencia, afectando a cualquier trabajador (fijo o temporal, indistintamente a la fecha de ingreso) de cualquier Administración Pública, y se aplicará a los afectados en tanto en cuanto mantengan su condición de laborales. Esta garantía de permanencia y estabilidad es una de las opciones por las que el legislador podía optar, frente a la extinción de los contratos de trabajo a través de las modalidades de despido colectivo o por causas objetivas, o según nuestro criterio, por la modalidad de despido por causas de fuerza mayor. La consecuencia es que la garantía de la DT 15ª LMRFP impide alegar la citada adscripción del puesto como funcionarial como causa lícita de extinción del contrato al amparo de los arts. 51 o 52 del ET, pero no la extinción por otras causas o por estas mismas, pero en ningún caso en base a tal referida readscripción de régimen jurídico.

El segundo apartado de la DT 15ª LMRFP sí que nos merece la consideración de cuestión propia de una disposición transitoria, por cuanto regula el específico y singular proceso selectivo de funcionarización de los trabajadores fijos que ocupan un puesto adscrito a funcionario, que hubieran adquirido tal condición con anterioridad al 30 de julio de 1988 o por pruebas selectivas convocadas antes de esa fecha, instituyendo un derecho preferente, que se configura de máxima restricción, que únicamente puede ser articulado por la Administración Pública una sola vez. La transitoriedad es, pues, clara, al articularse un proceso restringido, único y excepcional, dirigido a un colectivo también específico, y como medio singular de adquisición de la condición de funcionario que se aparta de los sistemas y reglas generales de acceso a la función pública.

Ello no nos impide, como hemos señalado, postular como criterio que el legislador instituya el carácter de norma básica, convenientemente adecuada a la estructura del Estado autonómico, a las Corporaciones locales y a las Universidades públicas, por tratarse -cuanto menos aquella parte de la norma que instituye un proceso selectivo *ad hoc*- de una regulación singular y excepcional de acceso a la función pública que, a través de normas legales posteriores, se ha conformado como restringido y, por tanto, como excepción a la regla de acceso libre que instituye la CE y el art.19 de la LMRFP.

VI.- Hemos mantenido una clara crítica a la técnica normativa empleada en la regulación de los procesos de funcionarización, tanto para el ámbito estatal pero especialmente en el ámbito

autonómico, y a consecuencia de ello, la dificultad aplicativa de un conjunto normativo coherente para las Corporaciones locales y Universidades públicas. En este sentido hemos planteado las siguientes conclusiones básicas: la improcedencia de que la regulación del proceso de funcionarización se plasme en las leyes de presupuestos generales; la dificultad de encajar muchas de estas nuevas normas en la denominadas leyes de acompañamiento y la frecuente ruptura de los principios básicos que conforman la técnica legislativa según la doctrina, al entremezclarse todo un conjunto de normas –legales, reglamentarias, convencionales, de ámbito estatal, autonómico y, cuando ello es posible, local y universitario- que introducen fuertes incoherencias, cuando no evidentes contradicciones con los principios constitucionales que deberían regir el proceso. En este sentido, hemos apostado, reiteradamente, porque el Estado establezca un marco jurídico mínimo, con el carácter de norma básica, que marque las líneas fundamentales del proceso de funcionarización, introduciendo así una mayor garantía jurídica para el operador jurídico pero también para el desarrollo normativo que lleven a cabo las Administraciones distintas a la estatal.

Destacaremos, al hilo de lo expuesto, que hemos llegado a la conclusión de que ni las leyes de presupuesto ni las denominadas leyes de acompañamiento son los instrumentos legales adecuados para normar procesos de funcionarización. En el primer caso, con clara rotundidad, excepto para cuestiones muy puntuales; en el segundo, acogemos la doctrina emanada de la STS de 27 de enero de 2003 y apostamos por la corrección de tal regulación si se cumplen los requisitos que en aquella se fijan, fundamentalmente que no impongan una modificación sustancial de las leyes básicas reguladoras del proceso, lo que es tanto como señalar que a través de una ley de acompañamiento no creemos correcto que se regule, *ex novo*, un proceso de funcionarización, sino que en todo caso se concrete, module o se introduzcan reformas que no afecten a la esencia misma de la institución.

VII.- Hemos concluido que dos son los instrumentos de gestión a los que el proceso de funcionarización se vincula con mayor intensidad: necesariamente, a las RPT, y como opción jurídicamente razonable, los Planes de Empleo y otros instrumentos de racionalización de los recursos humanos (para las Comunidades Autónomas y Corporaciones locales). Hemos mantenido que, salvo excepciones muy puntuales –derivadas de puestos que tengan atribuidos el ejercicio de autoridad- la funcionarización debe descansar necesariamente en la modificación –o

aprobación inicial- de una RPT, que justifique la readscripción del puesto afectado. La complejidad del proceso aconseja, en este supuesto, una participación de los afectados, ya sea directamente –personal laboral- o a través de sus representantes, a ser posible en las comisiones u órganos que se establezcan al respecto.

En este sentido, hemos postulado a los Planes de Empleos –o sistemas de racionalización equivalentes en el ámbito autonómico y local- como los instrumentos más válidos para articular procesos de funcionarización, pese a que legalmente no se incluya en su ámbito de actuación a aquellos. En nuestra opinión, la funcionarización, incorporada a un Plan, es un contenido del mismo que goza de sustantividad propia, y que permite una mayor y mejor implantación de todo el proceso. En defecto de la situación ideal –esto es, que el Plan que instituya el proceso sea previo a la modificación de las RPT-, hemos postulado que la mejor opción es la aprobación inicial de aquél y la modificación posterior de éstas. El carácter planificador del Plan de Empleo sirve así a una finalidad básica: la posterior modificación de las RPT –necesaria, en todo caso, de forma autónoma de aquél- y la integración del proceso funcionarizador en la política integral de recursos humanos de la entidad pública.

Hemos tenido igualmente ocasión de señalar que la funcionarización, entendida como proceso que vehicula la conversión de la relación laboral en funcionarial, tiene como punto de partida el vínculo jurídico individual del empleado pero muy especialmente la clasificación del puesto de trabajo. Éste último, incluido como regla general en las RPT, es el eje sobre el cual se asienta el proceso de funcionarización, pues cada puesto deberá estar adscrito, necesaria y exclusivamente, a personal funcionario, laboral o eventual.

VIII.- Ello nos ha obligado llevar a cabo a lo largo de la primera parte de nuestra tesis doctoral a un detallado análisis de los puestos reservados a personal funcionario y a personal laboral. Este estudio lo hemos formulado desde diversas ópticas: el planteamiento constitucional de la cuestión, la estructura actual de puestos en la Administración del Estado y Comunidades Autónomas, la especial configuración en las Corporaciones Locales y el marco del PAS y el PDI de las Universidades Públicas.

Este análisis ha comportado diversas conclusiones y la formulación de numerosas cuestiones y

planteamientos también *de lege ferenda*. En todo caso, destacaremos en estas conclusiones finales aquellos aspectos que creemos más significativos.

a) entendemos superada la posición que entiende que la opción en favor de personal funcionario o laboral es una mera técnica de organización. Al contrario, desde la promulgación de la Constitución Española de 1978 creemos correcto el planteamiento que formuló en su día el Tribunal Constitucional en su STC 99/1987 y en la más reciente 37/2002 según la cual la Carta Magna hace una opción en el sentido de que, con carácter general, la fórmula de prestación de servicios en la Administración Pública es la funcionarial.

b) lo anterior no obsta que a lo largo del presente trabajo hayamos expuesto las diversas tesis doctrinales que en los últimos veinte años se han sucedido en el panorama jurídico español en torno a la presencia del personal laboral, en un *iter* que no ha tenido resultado final por cuanto sucesivamente se van perfilando o manifestando modulaciones o tesis distintas. Hemos desarrollado los posicionamientos que han defendido la inconstitucionalidad de la presencia del personal laboral en la Administración Pública o, en la orilla inversa, la inconstitucionalidad de un régimen diferenciado para funcionarios y trabajadores postulando como regla general la aplicación del ET; igualmente, la tesis que ha abogado por una opción neutral de la CE en el sentido de no definir ni el concepto de función pública ni de funcionario y únicamente prescribir una reserva de ley para regular las bases del régimen jurídico de los funcionarios y la regla de que el acceso a esta condición debe hacerse respetando los principios de igualdad, mérito y capacidad; tesis de neutralidad absoluta que se ha visto matizada desde otras posiciones doctrinales que han defendido que tal neutralidad no es absoluta sino relativa, al postular que en el marco constitucional la única opción descartada es la completa laboralización, pero más allá de ello y de la necesaria singularidad de un estatuto para un núcleo de funcionarios y la tutela y protección de diferentes principios y reglas, a través de la ley del parlamento, correspondería al legislador optar por diversos escalones de funcionarización o laboralización.

Hemos desarrollado extensamente la opción adoptada por la vigente LMRFP, tesis denominada de *preferencia estatutaria* fruto de la STC 99/1987 y confirmada por la STC 37/2002, en cuya virtud la generalidad de los puestos de trabajo deben ser cubiertos por personal funcionario, correspondiendo a la ley el establecimiento de qué puestos pueden ser cubiertos por personal

laboral, criterio que fue mantenido también en el anteproyecto decaído de Estatuto de Función Pública de 1999.

En este punto creemos importante resaltar la posición mantenida en la última década desde la doctrina administrativa estudiosa de la función pública, que ha apostado por la que ha venido a ser denominado el *Estatuto unitario del empleado público* y que, sin duda, es la opción que a nuestro juicio concilia de forma más coherente el debate entre funcionarios y laborales.

En concreto, entendemos que es acertado plantear que el actual sistema de empleo público laboral y funcional se basa en reglas y principios heterogéneas pero también muy a menudo coincidentes. Efectivamente, hacemos nuestra la afirmación que en muchos ámbitos la diferencias jurídicas entre funcionarios y trabajadores se han reducido a la mínima expresión.

Lo anterior permite plantear una regulación unitaria del contenido mínimo de toda relación del empleo público, de tal manera que el Estatuto de los funcionarios públicos, previsto en el art.103.3 de la CE se configuraría como un Estatuto regulador de las peculiaridades del empleo público.

Debe señalarse, no obstante, que estas peculiaridades serían comunes en unos casos a trabajadores y funcionarios con carácter general, en tanto que en otras ocasiones, la homogeneidad lo sería en función de las categorías, colectivos o funciones. Es evidente en esta tesis que debe establecerse una *escala de publicidad*, que supondría en unos casos la casi total sujeción al derecho laboral de diversos colectivos de empleados públicos (entidad públicas empresariales, p.ej.) y, en el otro extremo, la sujeción al derecho administrativo de aquellos empleados públicos que ejercen funciones de soberanía o poder público, si bien aun así respetando para ellos unos principios generales mínimos comunes, que hemos ubicado -con la doctrina que así lo ha planteado- en el art.4.2 del ET: igualdad, seguridad y salud en el trabajo, respeto a la intimidad y dignidad, promoción profesional, etc..pero con igual lógica pueden inducirse del texto constitucional (arts.14, 15 y siguientes de la CE).

En esta tesis mantenida se postula finalmente la aprobación de un Estatuto unitario del empleado público, con todo un conjunto de peculiaridades comunes. Estas deberían derivarse únicamente

de la CE y, más concretamente, de los arts.23.2, 28 y 103.3 de la Constitución. Señalamos como peculiaridades las garantías de acceso al empleo público en condiciones de igualdad, así como también las de permanencia, ascenso y acceso a nuevos empleos en base a este principio, la regulación de la pérdida de la condición de empleado público, la promoción interna y la carrera profesional, las particularidades del ejercicio de los derechos sindicales, el régimen de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de las funciones. Ello no obsta que tal estatuto unitario pudiera ampliarse a algunos aspectos más, no previstos en la CE pero sí conexos, como es la estructura del sistema retributivo, las garantías de estabilidad en el puesto de trabajo, la movilidad o las situaciones administrativas.

IX.- En el análisis que hemos llevado a cabo en la primera parte hemos concluido que tan importante como la regla general del art.15.1.c de la LMRFP de que los puestos de trabajo en la Administración del Estado y la Seguridad Social serán servidos por funcionarios, es la excepción establecida a través del listado del precepto. El estudio del art.15.1.c LMRFP nos ha permitido concluir que las excepciones en las que es posible el recurso al personal laboral se caracterizan por diversas notas.

En primer lugar, que el modelo del art.15.1.c ha sido seguido por la mayoría de las leyes de función pública autonómicas, en muchos supuestos incluso reproduciendo miméticamente los supuestos de la norma estatal.

Hemos destacado también el carácter potestativo de los supuestos del art.15.1.c LMRFP. Ello nos ha permitido proponer una propuesta de reforma, conforme con alguna legislación autonómica, en virtud de la cual deberán establecerse claramente los supuestos en que debe contratarse laboralmente y que, en este caso, se opte por campos o áreas completos y no únicamente funciones, a fin de evitar las distorsiones que ocasiona la coexistencia, muchas veces incoherente, de regímenes jurídicos distintos en puestos idénticos.

También hemos apostado por el carácter cerrado e indeterminado del listado del art.15.1.c de la LMRFP así como por una interpretación restringida de sus términos. En todo caso, en relación a este último supuesto, creemos que el carácter asistemático de los supuestos del art.15.1.c LMRFP debería superarse, a fin de dar mayor coherencia al sistema.

Debe reiterarse de nuevo que, en cualquier caso, el art.15.1.c de la norma estatal carece del carácter de básico en el sentido previsto en el art.149.1.18 CE. Hemos planteado tal circunstancia como una disfunción muy importante, pues ello ha permitido una huida en algunas legislación autonómicas o la imprecisión de la Ley de Bases de Régimen Local. Así, defendemos que el art.15.1.c, con la necesaria flexibilidad que debiera incorporarse a través de su reforma, sea declarado norma básica, a fin de dotar de mayor coherencia al sistema de empleo público autonómico y local, en línea con la formulación que el art.11 del Anteproyecto de Estatuto de Función Pública de 1999 llevaba a cabo.

X.- El capítulo segundo (primera parte) de nuestra tesis merece por las razones indicadas una especial importancia, no tanto porque en el se desarrollen aspectos específicos del proceso de funcionarización sino porque sirve para establecer qué puestos o funciones deben ser desarrollados por personal funcionario y cuáles potestativamente o, en su caso, obligatoriamente, corresponden a personal laboral.

Dado el análisis a menudo exegético que tal capítulo supone, nos remitimos a él para establecer las conclusiones particulares para cada uno de los supuestos en donde la norma estatal o autonómica, o aquella que es de aplicación a las entidades locales, prevé la posible presencia de personal laboral o en donde la adscripción de funcionarios es obligatoria.

Sin embargo, en este apartado de conclusiones sí queremos referirnos a aquellos aspectos que, en el citado análisis, se refieren específicamente a la funcionarización como proceso. En concreto, el estudio de las previsiones estatales, autonómicas y locales nos permiten formular las siguientes valoraciones:

Como ya hemos señalado, el listado del art.15.1.c de la LMRFP y sus homónimas autonómicas carecen de una mínima homogeneidad y coherencia. Obedecen no al fruto de la reflexión serena sino a la mera gestión cotidiana. Así, mientras en un primer grupo se localizan supuestos coherentes con el recurso al personal laboral, otros grupos únicamente plasman realidades de hecho o políticas de gestión de recursos humanos improvisadas.

En el primer grupo, forman parte los puestos de naturaleza no permanente, dado que las fórmulas de contratación temporal aparecen como más flexibles y adaptables que la institución del funcionario interino, cuya equivalencia práctica en el ámbito laboral es la modalidad de contrato de interinidad, excepción hecha de la singular figura de la interinidad funcionarial de la legislación catalana. Sin embargo, nos parece muy correcta la reflexión planteada por la doctrina de que el actual esquema no se refiere a función específica alguna o a la cualificación del puesto sino únicamente al carácter permanente o no de la actividad, por lo que un planteamiento más acorde con el texto constitucional requeriría no permitir el contrato temporal para puestos de naturaleza no permanente que afecten a puestos o funciones no incluidos en el resto del listado del art.15.1.c LMRFP o a puestos que supongan ejercicio de autoridad, fe pública o asesoramiento legal preceptivo.

También en este primer grupo podrían incluirse las actividades que se dirijan a satisfacer necesidades de carácter periódico y discontinuo; incluimos también finalmente sin mayor dificultad también en este grupo al personal que desarrolla actividades propias de oficios.

Por contra, manifestamos dudas sobre la inclusión como personal laboral de aquel adscrito a funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas; y ello no tanto porque creamos que necesariamente deban ser ejercidas tales actividades por funcionarios sino porque tradicionalmente el Cuerpo de Subalternos ha sido funcionarial y así lo prevé la norma estatal y la casi práctica totalidad de las autonómicas. Tal situación comporta, en la práctica, la convivencia de dos colectivos -funcionarios y laborales- ejerciendo funciones idénticas, lo que implica a medio o largo plazo procesos de laboralización o funcionarización fruto más de opciones políticas o sindicales que de una ordenación correcta de la función pública. De ahí que apostemos en favor de la que la Ley de Función Pública (estatal o autonómica) establezca con claridad a qué régimen jurídico se adscriben, habilitando la laboralización o funcionarización correspondiente a fin de evitar tales disfunciones.

En el mismo sentido nos manifestamos respecto de aquellos supuestos denominados "*puestos de carácter instrumental*" y que abarcan un sinnúmero asistemático de funciones o actividades, algunas de las cuales son perfectamente ubicables en el régimen laboral (como es el caso de las artes gráficas) en tanto que otras, por el contenido mismo de la función, pueden suponer una colisión

con el principio de reserva de funciones a funcionarios (así, a nuestro juicio, la función pública estadística). Según nuestro posicionamiento, tal previsión debería tenerse en cuenta siempre y cuando no exista cuerpo de funcionarios que ejerce tales funciones o puestos, en línea con lo formulado por la legislación catalana, articulando la correspondiente funcionarización de los trabajadores en su caso cuando este Cuerpo o Escala quede instituido.

Lo anterior nos permite plantear la dificultad de otro de los supuestos, aquél en que es posible el recurso al personal laboral para áreas de actividad que requieran conocimientos técnicos especializados cuando no existan Cuerpos y Escalas de funcionarios capaces de desempeñarlos. Esta posibilidad es, *per se*, transitoria, al agotarse cuando se creen tales Cuerpos o Escalas. Sin embargo, tal circunstancia introduce una importante disfunción en el funcionamiento de la Administración pues la normativa estatal sólo permite funcionarizar a trabajadores fijos con condición consolidada con anterioridad al 30 de julio de 1988, lo que ha obligado a promulgar leyes específicas habilitando ámbitos temporales distintos, opción que creemos perfectamente ajustada a Derecho.

Por ello, formulamos una doble conclusión: proponemos una clarificación del tratamiento particular para este tipo de supuestos de tal forma que puedan funcionarizarse, pero a su vez, defendemos acotar y restringir la opción laboralizadora incluso también para algunos supuestos en que no exista el mencionado Cuerpo o Escala, limitando así la que sin duda es una generosa habilitación a la contratación laboral, sin olvidar que deben adecuarse los procedimientos selectivos para tales Cuerpos técnicos a la realidad de una Administración moderna que, a su vez que debe competir en un mercado de trabajo altamente exigente y bien remunerado no puede obviar las particularidades de la función pública que ejerce.

Finalmente en este análisis exegético hemos destacado la inapropiada inclusión de los puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo como de posible cobertura por personal laboral, fruto de los acuerdos entre Administración y Sindicatos para la estabilización del empleo temporal. Estos trabajadores se solapan con el Cuerpo de Auxiliares Administrativos lo que implica la misma problemática planteada para el colectivo de Subalternos. Por otro lado, tal laboralización plantea serias dudas sobre su constitucionalidad, tanto porque implica en la práctica procesos *ad hoc* de selección como por la ampliación a

trabajadores de funciones hasta el momento reservadas a funcionarios, tanto en la LFCE como en la LMRFP o legislaciones autonómicas. En línea con todo lo expuesto, hemos abogado por limitar la presencia de este colectivo de trabajadores a puestos que no tengan el carácter de habituales o se trate de funciones permanentes, y restringido únicamente al personal auxiliar, no incluso por tanto de personal del grupo C.

XI.- Frente a la apariencia inicial de un cierto carácter omnicomprendido del art.15.1.c de la LMRFP, éste no impide -fundamentalmente dado su carácter no básico- que otras normas legales hayan desarrollado para ámbitos específicos la presencia del personal laboral, por lo común con bastante generosidad. A lo largo de esta tesis hemos analizado la contratación laboral de personal docente e investigador, personal sanitario y personal de los servicios postales y de telecomunicaciones.

Este análisis nos ha permitido establecer la conclusión de que en los tres sectores puede observarse una creciente tendencia, pareja a los procesos de privatización o despublificación en que están inmersos -especialmente Correos- a la contractualización de sus relaciones de servicio. Apostamos porque, en todo caso, tal proceso debe tener en cuenta que aquellos puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad y potestades públicas deberían mantener el régimen funcionarial.

En cuanto a las entidades públicas reguladas en la LOFAGE bajo la denominación de *organismos públicos*, hemos podido establecer que su tratamiento es diferente cuando la referencia es a los Organismos Autónomos o a las Entidades Públicas Empresariales (EPES); los primeros siguen, cuanto menos en el ámbito estatal, el esquema de distribución de puestos del art.15.1.c de la LMRFP y de ahí que muchos de ellos hayan sido objeto de procesos de funcionarización. En cuanto a las EPES y Administraciones Independientes, la opción es en favor del personal laboral, aunque la presencia de funcionarios es posible pero sin expreso establecimiento en qué puestos.

Para tal determinación, es preciso acudir a las leyes respectivas de creación. Del análisis efectuado se desprende la que hemos venido a denominar *escala de progresividad* que parte de la regla general -el régimen laboral como fórmula de prestación de servicios-, pasando por la

posibilidad de compatibilizar ambos colectivos -funcionarios y trabajadores- para situar el vértice de tal escala en aquellos supuestos en donde la ley efectúa una reserva en favor del régimen funcional, generalmente cuando impliquen ejercicio de autoridad o potestades administrativas y públicas. Sin embargo, se acredita una tendencia a laboralizar también estas funciones, lo que nuestro juicio creemos desacertado, apostando en nuestras conclusiones por el régimen estatutario en todos esos casos.

XII.- Hemos dedicado un apartado específico a la problemática aquí comentada en el ámbito de las Corporaciones locales, derivada del tratamiento particular dado por el art.92.2 de la LBRL, si bien el modelo local ha sido seguido también por algunos preceptos de la legislación autonómica.

La no consideración formal del art.15.1.c de la LMRFP como básico supone que el art.92.2 LBRL no se ha visto afectado, cuanto menos formalmente, tras la STC 99/1987 y la consiguiente reforma del art.15.1 de la LMRFP llevada a cabo a través de la Ley 23/1988. La STC 37/2002 ha validado finalmente su constitucionalidad.

El precepto prevé una reserva expresa en favor de los funcionarios en tres supuestos que no todos gozan del mismo carácter preciso. No obstante, antes de formular algunas de las conclusiones más relevantes en cuanto a su contenido, hemos creído oportuno llamar la atención sobre algunas de ellas referentes a su ubicación en el marco legal vigente.

En cuanto a su supuesta inconstitucionalidad, planteada incluso por el TSJ de Cataluña pero desestimada por la STC 37/2002, entendemos que ciertamente se trata de un precepto indefinido e indeterminado, pero que a nuestro juicio establece una mínima reserva funcional que no existía en el art.15.1 de la LMRFP de 1984. Pero tal constitucionalidad del precepto puede mantenerse siempre que su aplicación se haga bajo la luz de una interpretación acorde con la doctrina de la STC 99/1987, de tal forma que la indefinición no suponga una amplia laboralización sino, al contrario, que la generalidad de los puestos en las entidades locales correspondan a personal funcionario. En esta interpretación, el precepto habilita el contrato de trabajo fundamentalmente para puestos de oficios y algunos más ya previstos en el art.15.1.c de la LMRFP, siempre que no existan cuerpos de funcionarios (puestos técnicos especializados,

funciones auxiliares, etc.), y en todo caso estaría vedada la contratación para funciones que impliquen ejercicio de autoridad o estén relacionadas con funciones presupuestarias o jurídicas. Por otro lado, el desarrollo reglamentario de la LBRL concretado a través del TRRL nos supone concluir que éste último reduce la presencia del personal laboral, limitado al personal de oficios, de acuerdo con el art.175 del TRRL, posición esta que se ha fortalecido tras la declaración como normas básicas de varios preceptos del TRRL.

En cuanto al encaje entre el art.92.2 de la LBRL y el art.15.1.c de la LMRFP, entendemos que la fórmula más adecuada es postular que, en este caso, la norma estatal goza de un carácter supletorio de la local, lo que permite la interpretación antes apuntada de adscripción con carácter general de los puestos a personal funcionario. Todo lo cual no nos ha impedido proponer, y pese a la validez dada al mismo por la STC 37/2002, la reforma o adaptación del art.92.2 de la LBRL a la norma estatal o a la correspondiente en cada Comunidad Autónoma o, cuando así esté expresamente permitido, aplicar el principio de equivalencia entre norma autonómica y local (por ejemplo, en Cataluña), en cuyo caso el art.15.1.c de la LMRFP debe de interpretarse de forma integrada con la regulación de la Comunidad.

XIII.- En cuanto al personal de las Universidades públicas, entendemos que tanto el PAS como el PDI adolecen, en la normativa estatal, de una descripción material suficiente de funciones que garanticen que el contrato laboral, en cada colectivo, se ajuste a la doctrina emanada de la STC 99/1987. En este sentido, la falta de descripción de funciones del PAS laboral debe resolverse por vía de la legislación autonómica o, en su defecto, por aplicación supletoria del art.15.1.c de la LMRFP, lo que supone tanto como señalar que la generalidad de puestos del mismo debe ser cubierto por funcionarios. En cuanto al PDI, la nueva Ley Orgánica de Universidades no establece ningún criterio material que permita establecer qué puestos y funciones vienen atribuidas al profesorado funcionario y al laboral; al contrario, la simple distinción porcentual del 49 al 51% no nos parece en absoluto acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional y apostamos por la inconstitucionalidad del precepto, pues al igual que sucedía con el antecedente art.15.1 de la LMRFP de 1984, serán las Universidades, por vía reglamentaria a través de las RPT, las que determinarán qué puestos docentes y de investigación serán servidos por funcionarios y cuáles por trabajadores, circunstancia que motivó ya en su momento la declaración de inconstitucionalidad de tal artículo 15.1 de la Ley de 1984 a través de la STC

99/1987.

XIV- La CE establece que en el acceso a la función pública deben cumplirse los principios de igualdad, mérito y capacidad, en concurrencia libre en la que pueden participar todos los ciudadanos que cumplan los requisitos establecidos en la convocatoria respectiva, que en ningún caso podrán ser irrazonables o desproporcionados o basados en circunstancias subjetivas. Tales principios, sin embargo, se han visto tamizados e incluso restringidos a lo largo de la historia de la función pública española, por supuesto con anterioridad pero también después de la promulgación de la Constitución, a través de dos fórmulas: la valoración excesiva de los servicios prestados por interinos y contratados y la aprobación de convocatorias o pruebas restringidas.

Definiremos las pruebas restringidas como aquellas en las que se posibilita el acceso a la función pública únicamente a determinados ciudadanos -no a todos los aspirantes que reúnan los requisitos legalmente previstos-, por lo común trabajadores temporales, funcionarios interinos o - antiguamente- contratados administrativos, esto es, empleados públicos que acreditan la prestación de servicios en forma no permanente en la Administración convocante.

A lo largo de la presente tesis creemos haber demostrado que, *de iure* y *de facto*, los procesos de funcionarización se han conformado como auténticas pruebas restringidas, en su grado máximo, pues únicamente se permite la participación al trabajador cuyo puesto ha sido catalogado como funcionarial. Sin embargo nuestra conclusión es que tal carácter carece de un soporte legal expreso e indubitado en el ámbito estatal, lo cual es, dada la trascendencia de la cuestión, jurídicamente sorprendente.

En este sentido, la DT 15^a, pieza clave del proceso en la Administración del Estado y la Seguridad Social, se limita a instituir la participación del personal fijo en un proceso selectivo para consolidar la condición de funcionario y obliga a la Administración a que valore en el concurso-oposición como méritos la antigüedad como laboral y las pruebas selectivas superadas para ser trabajador. El mismo carácter predicamos de la legislación estatal posterior (leyes presupuestarias de 1989, 1990 y 1991).

Tal interpretación, según el tenor literal de las normas legales mencionadas, y que de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional –que inclinaría la balanza a favor de un proceso de concurrencia libre- hubiera sido la más acorde con el art.23.2 y 103 de la CE, pero no se ha impuesto en el ámbito estatal (como tampoco en las restantes esferas administrativas) Si bien entendemos que la DT 15ª LMRFP prevé una garantía de estabilidad para el personal laboral que ocupe un puesto de funcionario, de su texto literal no se deduce que sea un proceso restringido; sin embargo, la interpretación llevada a cabo de tal previsión, en el sentido de que finalizado el proceso de funcionarización aquel laboral que no lo supere o participe tiene garantizada su continuidad supone de hecho establecer un proceso restringido, como única fórmula para evitar la duplicidad de empleados para un mismo puesto.

En todo caso, tanto la Orden de 27-3-1991 y el Real Decreto 265/1992, al instituir un turno específico para los procesos de funcionarización, distinto al del turno libre y de promoción interna, estableciendo que únicamente podrá participar en la convocatoria el trabajador cuyo puesto haya sido catalogado como de funcionario, conforman la funcionarización como un proceso indudablemente restringido con carácter absoluto, pese a las ambivalencias que la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han planteado al enjuiciar la adecuación a la legalidad de ambas normas reglamentarias, especialmente ante el prácticamente nulo rango normativo de la Orden de 1991.

Nuestra conclusión es que tal previsión de proceso restringido adolece del necesario respaldo legal, por cuanto ninguna de las normas legales mencionadas instituye tal carácter restringido. Ello no implica sin embargo, como tendremos ocasión de plantear en las siguientes conclusiones, que no se den ciertamente las circunstancias que permiten ese carácter restringido. Efectivamente, entendemos que la funcionarización del personal laboral cumple todos y cada uno de los requisitos constitucionalmente exigidos para permitir, de forma excepcional, un proceso restringido, pero instituyéndose tal, de forma indubitada, a través de una norma de rango legal, por lo que nuestra propuesta se orienta a que en el ámbito estatal tal previsión debería ser reconocida por una Ley del Parlamento que supere el actual marco normativo de soporte basado en normas reglamentarias y en una interpretación generosa en exceso del tenor literal de la DT 15ª LMRFP y de las leyes presupuestarias de 1989, 1990 y 1991, entre otras.

XV.- Todas las Comunidades Autónomas, sin excepción, han legislado y reglamentado sus respectivos procesos de funcionarización y de forma casi unánime con carácter restringido, siguiendo el modelo estatal. No obstante, si bien la mayoría de ellas han articulado la funcionarización a través de procedimientos de selección mediante las fórmulas de concurso, oposición o concurso-oposición, algunas han flexibilizado el sistema hasta el extremo de proceder a integraciones automáticas o al simple requerimiento de asistencia a cursos formativos, lo cual entendemos contrario al art.23.2 y 103.3 de la CE. Hemos planteado extensamente la cuestión, tanto en la primera como en la segunda parte de esta tesis doctoral: la única fórmula constitucionalmente válida para acceder a la condición de funcionario a través del proceso específico de la funcionarización requiere la superación de un proceso selectivo, aunque sea restringido; cualquier otra alternativa nos parece contraria al orden constitucional y la misma conclusión efectuamos –como tendremos ocasión de reiterar- en cuanto al singularísimo modelo instituido en la Comunidad Foral de Navarra.

Este carácter restringido guarda relación también con el derecho a la estabilidad que la práctica totalidad de las legislaciones autonómicas reconocen a su personal laboral fijo inmerso en un proceso de funcionarización, siendo escasas las previsiones que introducen facultades de movilidad geográfica o funcional e inexistentes las que se planteen la extinción de los vínculos laborales de quienes no superen el proceso o no participen.

Nuestra propuesta, mantenida a lo largo del trabajo antecedente, es que tales fórmulas de movilidad parecen muy adecuadas como así también la hipotética extinción de los vínculos laborales, por cuanto su mantenimiento impide la aplicación de la doctrina constitucional de que la generalidad de los puestos de trabajo deben ser servidos por funcionarios públicos.

Hemos concluido también que el ordenamiento jurídico actual no establece una base jurídica firme para llevar a cabo procesos de funcionarización en las Corporaciones locales y en las Universidades públicas, y con más razón, cuando tales procesos adquieren también carácter restringido de forma unánime en ambas esferas administrativas, por lo que los razonamientos efectuados en torno a las Comunidades Autónomas deben extenderse también a aquéllas.

XVI.- Hemos planteado la discusión en torno a si es o no es correcto atribuir carácter restringido

a los procesos selectivos de funcionarización del personal laboral, siempre que se cumplan los requisitos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha asentado a lo largo de su historia. En concreto, una correcta adecuación de la funcionarización a los arts.23.2 y 103.3 de la CE requiere que los procesos de funcionarización estén expresamente previstos en una norma de rango de ley, en donde se acredite que tal carácter restringido es un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional, a fin de lograr una finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que el procedimiento selectivo que se convoque respete los principios de mérito y capacidad y no suponga una reserva *ad personam* y que, finalmente, tengan un carácter transitorio en el tiempo dadas las notas de excepcionalidad que hemos mencionado.

En el análisis en detalle de cada uno de los requisitos mencionados hemos extraído diversas conclusiones o, en su caso, propuestas *de lege ferenda*, de entre las cuales creemos oportuno destacar las que a continuación mencionamos.

La obligada aprobación de un proceso selectivo para funcionarizar el personal laboral impide fórmulas tales como la integración directa o las integraciones *ad hoc* en la plantilla de funcionarios en donde no se respeten los principios de mérito y capacidad. La condición de laboral no puede, pues, ser título de legitimación exclusivo para tal acceso. En este sentido, el modelo de funcionarización seguido por la Comunidad Foral de Navarra, pese a su especialísimo régimen jurídico, nos parece claramente contrario a la Constitución Española, quebrantando el orden constitucional, el art.23.2 y 103.3 de la norma y también, en algunos supuestos, la distribución de competencias entre Estado y Comunidades en el ámbito laboral.

La funcionarización como procedimiento restringido es un medio excepcional y adecuado para resolver una circunstancia singular, cual es la existencia de un gran colectivo de trabajadores al servicio de la Administración ocupando plazas que por ley corresponden a personal funcionario. El factor temporal es importante, por cuanto la funcionarización tiene razón de ser una vez cada ámbito administrativo ha aprobado la reforma de la Ley de empleo público adscribiendo a funcionarios puestos que anteriormente lo eran de personal laboral.

Todo lo anteriormente expuesto supone que, necesariamente, cada Ley establecerá un momento concreto a partir del cual ya no cabrá el recurso a la contratación laboral y, por tanto, sólo los

trabajadores ingresados o seleccionados por convocatorias anteriores a tal fecha, podrán participar en la funcionarización.

La transitoriedad del proceso supone que una adecuación al texto constitucional impone que únicamente como proceso restringido puede plantearse por una sola vez la funcionarización de un determinado Cuerpo o Escala.

El análisis de la legislación autonómica y de la práctica real de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Universidades públicas acredita el incumplimiento de tal previsión, habiéndose convertido en muchos casos la funcionarización en un proceso eternizado con un sinnúmero de convocatorias que suponen en la práctica un proceso *ad personam*.

La propuesta que formulamos es que la funcionarización como proceso restringido únicamente debe llevarse a cabo por una sola vez y, de reiterarse en el tiempo, la segunda y siguientes convocatorias deben articularse mediante un procedimiento abierto a través de la fórmula del concurso-oposición, lo que supone proponer la extinción de los contratos de trabajo de aquellos laborales que no participen o no superen el proceso.

XVII.- Hemos defendido que el carácter restringido de la funcionarización está amparada por diversas finalidades constitucionalmente legítimas.

En primer término, la ya mencionada necesidad de adecuar el régimen jurídico del personal, en este caso laboral, a la regla de que la generalidad de los puestos deben ser cubiertos por funcionarios. No obstante, el análisis detallado del proceso nos permite defender que otros valores y principios amparan tal carácter, como es la garantía de eficacia y estabilidad de la Administración Pública y la salvaguarda de los derechos de los trabajadores.

De entre todos ellos hemos destacado la disfunción importante que en la gestión de los recursos humanos públicos se da al coexistir, en puestos idénticos, colectivos de personal sujeto a regímenes jurídicos diferentes con derechos y obligaciones en muchas ocasiones también diversas. La funcionarización supone, en este sentido, una unificación del régimen jurídico sin duda deseable para superar las referidas distorsiones.

También la funcionarización como proceso restringido encuentra su amparo en el valor constitucional de protección de la estabilidad de la Administración y de su personal, que podría verse quebrantado si la primera de las convocatorias de funcionarización fuera, ya, libre.

No obstante lo anterior, hemos insistido con reiteración en que no creemos que el personal laboral fijo de la Administración goce de una absoluta estabilidad en el empleo y creemos razonable que, una vez efectuada la primera convocatoria restringida, cualquier otro proceso de funcionarización no restringido debe evitar la consecuencia de la duplicidad de empleados para el mismo puesto a través de fórmulas de movilidad o, en caso extremo, mediante la extinción de los contratos de trabajo.

Finalmente hemos mantenido que la funcionarización no supone un proceso *ad personam*, siempre que la valoración de los méritos tengan un fundamento objetivo, de tal forma que el proceso de funcionarización podrá efectuar referencias innominadas pero en ningún caso individualizadas. Hemos destacado que en las pruebas restringidas los principios de mérito y capacidad no pueden subvertirse; cabrá la valoración de la antigüedad, de las pruebas selectivas superadas como laboral y todos aquellos otros méritos que sean objetivos y proporcionados, pero en ningún caso se transformarán como elementos únicos que supongan, en la práctica, tal referencia individualizada.

Ante la dispersión normativa existente y las dudas de constitucionalidad de muchas regulaciones consultadas (sobre todo autonómicas), hemos llegado a la conclusión que es necesario una reformulación de la legislación vigente y, más en concreto, la promulgación de una norma, con carácter básico, que establezca los principios básicos del proceso selectivo restringido de funcionarización, como excepción al régimen general del art.19 de la LMRFP, precepto este último definido también como básico.

Es cierto que algunas de las propuestas efectuadas de inclusión en la norma básica pueden deducirse de otros preceptos ya básicos de nuestro ordenamiento. Así, plantear que la norma básica se refiera a que debe respetarse los principios de mérito y capacidad o que insista en el carácter excepcional del proceso o cuáles son los valores y finalidades tutelados puede, sin duda,

deducirse de normas básicas ya existentes. Por tanto, en este caso, nuestra propuesta adquiere un carácter sino pedagógico sí reorientador de las malas prácticas llevadas a cabo por las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Universidades públicas. Además, a pesar del régimen foral específico de que goza Navarra, es imprescindible que ésta también se adecue a unos principios constitucionales mínimos que garanticen, en sus procesos de funcionarización, el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad

Creemos también imprescindible que tal norma básica establezca el requerimiento de una única convocatoria, la delimitación del carácter transitorio del proceso y el procedimiento de selección, de tal forma que como proceso restringido aparezca por una sola ocasión y, en la medida de lo posible, articulándose en un marco temporal limitado.

XVIII.- El proceso selectivo de funcionarización lo hemos desglosado en tres grandes esferas: el aspecto subjetivo, el aspecto temporal y el procedimiento selectivo *strictu sensu*, sobre los cuales ya hemos avanzado diferentes conclusiones.

En cuanto al específico ámbito subjetivo de los procesos de funcionarización, esto es, la concreción de los aspirantes que pueden concurrir a la convocatoria específica se trata de una cuestión de especial trascendencia. Tal participación está limitada, en el ámbito estatal y en la mayoría de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Universidades Públicas al personal laboral fijo, pero es evidente que tal simple descripción no resuelve los complejos problemas de participación que en la práctica acontecen.

A raíz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, hemos planteado si tal participación está abierta a aquellos trabajadores que ostentan la singular posición de indefinidos no fijos o, más propiamente, trabajadores vinculados por un contrato indefinido no fijo.

Esta categoría se da en los supuestos de trabajadores que han accedido a una relación estable con la Administración (y por tanto, no ostentan la condición de temporales) sin haber superado un proceso selectivo libre en que se respeten los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Mantenemos aquí nuestra tesis de que tales empleados públicos no pueden concurrir a los procesos de funcionarización, a pesar de que la mayor parte del régimen jurídico legal y

convencional aplicable a los trabajadores de su Administración sí les afecte. Nuestra conclusión se ampara en cuatro elementos básicos: las restricciones a la promoción profesional que tales trabajadores tienen, el impedimento constitucional a que participen en procesos restringidos y la ausencia de estabilidad en el empleo que les caracteriza y, de menor relevancia, el aspecto gramatical habida cuenta que la DT 15ª de la LMRFP y sus equivalentes autonómicas se refieren por lo común al personal fijo y no al indefinido.

Sin embargo, hemos planteado *de lege ferenda* la articulación de un proceso *ad hoc* de funcionarización de tal personal consistente en que la convocatoria de tales puestos servidos por indefinidos no fijos no lo sea en régimen laboral y, posteriormente de forma restringida, en régimen funcionarial, sino directamente bajo este último vínculo, valorándose a los candidatos el tiempo de servicios prestados como laboral indefinido no fijo así como otras circunstancias cuáles son la experiencia profesional o la formación.

XIX - A lo largo del trabajo hemos tenido ocasión de conocer que la mayoría de las legislaciones circunscriben el proceso de funcionarización al personal fijo, no habilitando la concurrencia del personal temporal. Tal exclusión la creemos razonable y ajustada al principio de igualdad. A nuestro juicio, no se predicen en este supuesto las razones que justifican el carácter restringido cuando los sujetos participantes son trabajadores fijos. Partiendo de la consideración que la funcionarización de un trabajador temporal no implicaría la consolidación de su situación sino que, al contrario, sólo le posibilitaría acceder a la condición de funcionario interino, tal circunstancia impide la virtualidad de las razones que sí justifican el carácter restringido para el personal fijo.

Ello no impide que hayamos formulado una propuesta, en línea con la planteada en alguna Comunidad Autónoma, consistente en articular procesos de funcionarización interina que, no obstante, no podrán ser restringidos, sino que siendo de concurrencia libre puedan valorarse los méritos de los trabajadores temporales. Proceso selectivo que sería mediante la modalidad de concurso o concurso-oposición.

Por ello, formulamos una propuesta de hipotética funcionarización del personal laboral temporal para el caso de que la Administración Pública entienda como mejor política la de unificar el

régimen jurídico de su personal -caso de entes públicos con elevado número de trabajadores temporales- y evitar, así, disfunciones entre los diversos empleados de puestos iguales o similares. Para este caso, también creemos que tampoco se dan las razones que amparan el carácter restringido de un proceso de este tipo y hemos planteado que, de materializarse, debería articularse en torno a una convocatoria de acceso libre, en la que se valoren los méritos de los trabajadores temporales, a través de la modalidad de concurso o concurso-oposición, en una lógica muy similar a la postulada en cuanto a los trabajadores indefinidos no fijos.

XX.- En el plano también subjetivo hemos planteado la concurrencia al proceso de funcionarización de los trabajadores desde la perspectiva de la prestación efectiva o no de servicios. La mayor dificultad jurídica supone la regulación de la participación de trabajadores en situación de suspensión de su contrato con reserva de puesto de trabajo.

La principal dificultad se deriva en aquellas legislaciones -la estatal es un ejemplo- en que la participación ha quedado circunscrita a los supuestos de suspensión contractual con reserva de puesto previstos en el art.48 en relación al art.45.1 del ET. Nuestra conclusión es que en tales casos, la funcionarización no será posible para todas aquellas suspensiones con reserva de puesto amparadas en un precepto del ET diferente a los arts.48 y 45.1, por otras normas de rango de ley, por normas convencionales, por acuerdo contractual o decisión judicial. A nuestro juicio, la doctrina constitucional que establece que las limitaciones en el ejercicio del derecho de igualdad en el acceso a la función pública deben interpretarse y aplicarse restrictivamente, impide incorporar extensivamente en el proceso de funcionarización a trabajadores con suspensión de contrato y reserva de puesto no incluidos en la expresa dicción de los referidos preceptos estatutarios.

Por ello postulamos la mejor adecuación que diversas normas autonómicas, como la catalana, llevan a cabo, consistente en permitir la participación de trabajadores en suspensión con reserva de puesto sin expresa referencia a los arts.48 y 45.1 ET, habilitando así la concurrencia de empleados laborales afectados por otros preceptos o acuerdos. Y de ahí que, también, hayamos planteado la reforma de la DT 15ª de la LMRFP o sus equivalentes autonómicos en el sentido de evitar tal distorsión del sistema.

XXI.- Si bien la funcionarización de los trabajadores fijos con contrato en suspensión pero sin reserva de puesto (fundamentalmente, la excedencia voluntaria) no debería suponer mayor dificultad, por cuanto la legislación les veda expresamente la participación, habida cuenta que no gozan de reserva de puesto sino únicamente un derecho preferente de reingreso, la práctica que se ha articulado en torno a las convocatorias efectivas ha merecido a lo largo de esta tesis también un análisis en detalle y por ello hemos formulando las correspondientes conclusiones. Y ello partiendo de nuestro criterio de que tal exclusión la entendemos perfectamente razonable, pues lo que la DT 15ª de la LMRFP habilita es una participación de aquellos trabajadores cuya suspensión se ampara en una causa que social o colectivamente merece tutela y no aquellos supuestos de suspensión fundamentados en razones estrictamente individuales como sería el caso de la excedencia voluntaria.

El referido análisis es concluyente y supone que en muchas convocatorias, se permite la concurrencia de trabajadores sin reserva de puesto y su inmediato paso posterior a la situación administrativa correspondiente, generalmente de excedencia voluntaria. A nuestro juicio, tales convocatorias son manifiestamente contrarias a Derecho, salvo que reinterpretemos tal participación limitándola a aquellos trabajadores en excedencia voluntaria pero con efectos parecidos a la forzosa por gozar de reserva de puesto (excedencia por cuidado de hijos o familiares y por funciones sindicales de ámbito provincial o superior) o aquellas otras que según una corriente jurisprudencial minoritaria formalmente son voluntarias pero en la práctica han sido forzadas por el empresario o la ley (vg., excedencia por incompatibilidad en el sector público).

Al respecto hemos señalado que el derecho de participación en supuestos de suspensión debe estar expresamente regulado por la ley, por enmarcarse tal derecho en el conjunto de derechos complementarios de que gozan los trabajadores en suspensión, derechos que como hemos tenido ocasión de analizar a lo largo de esta tesis, sólo se predicán si expresamente lo prevé la norma legal.

Por ello hemos concluido que tal carácter *ultra vires* de las convocatorias debería corregirse mediante una reforma legislativa estatal que expresamente incluya tales trabajadores, por cuanto gozando igualmente de un derecho preferente de reingreso para el supuesto de existencia de

vacante -y recuérdese que la jurisprudencia de los Tribunales entiende que la funcionarización de los puestos no puede suponer una cortapisa para tal reingreso- la no funcionarización supone una distorsión en la gestión de recursos humanos al coexistir funcionarios con trabajadores reingresados, éstos últimos ya sin posibilidad de funcionarización una vez agotada la primera y única convocatoria restringida que según la jurisprudencia del TC es constitucionalmente admisible.

XXII.- Dentro del ámbito del proceso de selección, el factor temporal en el proceso de funcionarización ha merecido una consideración especial, porque todo el sistema legal se basa en una fecha de referencia, cual es la aprobación de la Ley –estatal o autonómica- que readscribe a favor de funcionarios puestos que con anterioridad podían ser ocupados por personal laboral. La lógica jurídica es impecable: a partir de ese momento la Administración sólo puede optar por el vínculo funcional y la funcionarización permite adecuar los vínculos formalizados con anterioridad a la nueva situación.

La dificultad de determinación de esa referencia temporal no es especialmente compleja en el ámbito estatal: 30 de julio de 1988, excepción hecha del acceso a Cuerpos y Escalas creados con posterioridad, en cuyo caso, la fecha de referencia debe ser la de promulgación de la norma de creación; la misma previsión puede extenderse al ámbito autonómico. En cuanto a los entes locales y universitarios, hemos propuesto la aplicación del principio de equivalencia entre norma autonómica y local y universitaria cuando así lo establece la Ley de función pública autonómica o, en su defecto para el ámbito local, un análisis depurado del art.92.2 de la LBRL –esto es, en los supuestos de las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, remitirse a la fecha de entrada en vigor de la Ley de Bases de 1985- y en los restantes supuestos –especialmente en los ambiguos señalados en la dicción final del precepto- a la norma estatal (TRRL) con carácter supletorio.

Pero incluso para el caso de preceptos claros en cuanto a la fecha, hemos postulado otro ámbito de referencia: el de la aprobación de la correspondiente RPT o catálogos de puestos, o en su caso, la aprobación de su modificación, siguiendo el criterio fijado por la nueva normativa. Con ello, entendemos que se superan los graves problemas y disfunciones originados en muchos entes públicos en donde tales instrumentos de gestión no se han adaptado –muchos aún no los tienen ni

tan siquiera aprobados, sobre todo en la esfera local- a las previsiones legales. De ahí que hayamos planteado que el proceso de funcionarización debe tener muy presente su interrelación con las RPT o catálogos de puestos, en su caso, y que los Planes de Empleos u otros sistemas de racionalización son instrumentos muy válidos para articular tal funcionarización.

XXIII.- Hemos concluido que cualquier contrato de trabajo fijo formalizado con posterioridad a esa fecha de referencia de entrada en vigor de la Ley redistribuidora de los puestos debe ser considerado nulo por contravención de una norma legal imperativa o prohibitiva, frente a diferentes interpretaciones o posiciones es que fundamentan tal nulidad en otras razones. Si la ley ya no permite el recurso al contrato de trabajo, y lo hace de forma taxativa para tal o cual supuesto, la consecuencia será determinante: un contrato efectuado contradiciendo tal prohibición es nulo.

La consecuencia inmediata de tal conclusión es la imposibilidad de funcionarizar los trabajadores que han consolidado una situación de fijeza por pruebas selectivas convocadas con posterioridad a la promulgación de la Ley. Sin embargo, nuestra conclusión sin apartarse de tal drástica respuesta, intenta aportar una modulación y una posible respuesta jurídica.

La modulación que hemos planteado es que en todo caso, la fecha de referencia no debería ser la de entrada en vigor de la Ley que readscribe los puestos sino la de la modificación de la RPT o del catálogo de puestos: ello permite la adecuación de la Administración a la nueva ley y se solventan los problemas de transitoriedad que acontecen en las situaciones en que no existen RPT o de existir, no tienen fácil ni rápida adecuación al nuevo texto legal.

La solución que planteamos es que no puede recaer sobre el trabajador que ha superado un proceso selectivo con todas las garantías constitucionales y formales, de forma exclusiva, el peso o castigo de la nulidad, impidiéndose su funcionarización. En este sentido, hemos formulado una vía de solución que parte del art.6.3 del Código Civil, en relación al art.9 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina administrativa que formula la retroactividad *in bonus*.

La conjunción de ambos preceptos y doctrina nos permiten concluir que debe ser posible funcionarizar a tales trabajadores, con contrato nulo, acogiendo la previsión final del art.6.3 del

Código Civil, según el cual la sanción de nulidad puede neutralizarse si una norma legal establece un efecto distinto para el caso. Apostamos porque la legislación de empleo público, mucho mejor con carácter de norma básica, permita tal participación instituyendo que la nulidad del contrato queda subordinada a un interés superior, que es garantizar un principio de justicia material y de *humanitas causa*, de tal manera que, haciendo bueno el principio de retroactividad *in bonus* de las normas administrativas, se permita la participación de trabajadores fijos, con contrato nulo, pero que en su momento superaron un proceso selectivo que cumplía todos y cada uno de los requisitos que la legislación vigente establece para el acceso a la función pública laboral, evitándose así que tal nulidad inicial por una actuación incorrecta o torticera de la Administración pública convocante recaiga, en sus consecuencias, en una de las partes contratantes, precisamente la más débil, como es la del trabajador contratado.

XXIV.- El estricto procedimiento selectivo para la funcionarización ha sido examinado fundamentalmente desde una triple perspectiva: los requisitos generales de participación, los requisitos propios de la funcionarización y el procedimiento administrativo *in strictu sensu*.

En cuanto a los dos primeros ámbitos, nuestra conclusión es que los requisitos generales de participación exigidos para un proceso de selección en la Administración son igualmente aplicables a la selección para la funcionarización (edad, titulación, etc..) pero es preciso en muchos casos replantear una exigencia incondicionada para adaptarla a las particularidades del proceso. Ello implica que en algunos supuestos, esa exigencia debe modularse cuando no adaptarse al hecho de que el aspirante es un trabajador fijo que ya ocupa un determinado puesto y que ejerce las funciones a él asignado. En este sentido, entendemos no aplicables determinados límites de edad máxima y en especial la ausencia de enfermedad o defecto físico, cuando tal circunstancia da derecho al empleado a una causa de suspensión con reserva de puesto de trabajo. Con mayor relieve hemos destacado la ausencia de titulación y hemos postulado una doble vía de solución: la búsqueda de fórmulas convalidatorias de esta circunstancia, si en el ámbito funcional hubiera sido igualmente posible la promoción (supuesto de promoción del grupo D a C), la modulación de la exigencia del requisito en los restantes supuestos –excepto en donde *ex lege* sea imperativo acreditar determinado nivel o titulación académica- y finalmente, plantear la creación de Cuerpos o Escalas a extinguir para aquellos empleados que carezcan de titulación pero desarrollen funciones en grupos superiores al que les correspondería.

En cuanto a los requisitos específicos, entendemos que todos ellos serán válidos si se basan en razones objetivas y razonables, propias de la singularidad del proceso de funcionarización, y este análisis se hace no sólo imprescindible para entender como nulos algunos de ellos, sino también para aquilatar la exigencia estricta de otros que, aún siendo legales, pueden distorsionar el proceso, como es el supuesto más evidente del conocimiento de la lengua autonómica. Postulamos en todos estos casos una interpretación moderada de las normas, que tenga en cuenta la finalidad del proceso de funcionarización y el hecho indiscutible que, de no superarse el mismo, ese trabajador descalificado continuara prestando idénticos servicios en idéntico puesto, como laboral, para el que no ha sido considerado apto como funcionario.

XXV.- En cuanto al procedimiento administrativo de selección, entendemos que el modelo más adecuado para acceder a la condición de funcionario es el concurso-oposición, pues permite valorar no solamente los conocimientos y aptitudes del candidato, sino también como mínimo dos méritos prefijados por la ley estatal: los servicios prestados como laboral y la superación de pruebas selectivas para acceder a tal última condición. Aunque han sido muchas las conclusiones que sobre este procedimiento selectivo hemos formulado, en esta recapitulación final queremos destacar las cinco siguientes, de mayor y máxima conflictividad e importancia, y que conforman las conclusiones más destacadas al respecto, que no hayamos ya planteado con anterioridad:

1º.- entendemos inconstitucionales los procesos de funcionarización que suponen la eliminación de cualquier tipo de valoración que no se articula a través de concurso, oposición o concurso-oposición, sustituyendo alguna de estas tres fórmulas por la simple superación de cursos de formación. El sistema, empleado por algunas Comunidades Autónomas, del que es ejemplo la ley valenciana, no garantiza el cumplimiento de los principios de mérito y capacidad y convierte a la selección en una integración *ad hoc* sin amparo constitucional. Conclusión que igualmente extendemos a las integraciones directas.

2º.- La anterior conclusión no impide que valoremos como posible que las convocatorias de funcionarización permitan la supresión o convalidación parcial, pero también total, de los ejercicios de la fase de oposición siempre que se cumpla el requisito de comprobación de la capacidad del aspirante, convalidando aquellas pruebas que el trabajador superó para acceder a la

condición de laboral que tengan igual, idéntico o similar equivalencia a las que en el momento presente se requieran para acceder a la condición de funcionario. Concretamente, planteamos que un órgano específico valore aquellos conocimientos ya acreditados en su momento, el programa y el tipo de ejercicios efectuados y los que se requieren en el momento de la funcionarización y la actividad desarrollada como laboral.

3º.- Entendemos igualmente como no ajustado a Derecho que a través del proceso de funcionarización se habilite en la práctica un proceso de promoción interna, en base a la utilización de la técnica de la doble adscripción de un puesto de trabajo a varios grupos de clasificación o a diversos Cuerpos o Escalas. En este supuesto entendemos que el trabajador debe sólo poder participar al grupo de clasificación correspondiente al que ostente como laboral, a través de un único proceso; en modo alguno habilitando fórmulas de participación a más de un proceso para diferentes grupos o Cuerpos o Escalas, pues ello implica desvirtuar la finalidad del carácter restringido de la funcionarización. Por idéntica conclusión, entendemos que la permisibilidad de participación a un grupo de clasificación inferior por ausencia de titulación tampoco se ajusta a las previsiones legales, por cuanto distorsiona la organización de la Administración, convirtiendo el proceso en una selección *ad personam*, sin conexión entre el grupo de clasificación previsto en la RPT y el que finalmente se convoca en función de las circunstancias personales del candidato.

4º.- La imprescindible conexión entre el momento de participación en el proceso y categoría o grupo ostentado por el trabajador supone también, en nuestras consideraciones, objetar como contrarios a Derecho el reconocimiento en el ámbito administrativo de los nuevos estatus que pueda atribuir a un trabajador funcionarizado por reclamaciones previas formuladas con anterioridad a la participación, salvo el reconocimiento de efectos económicos y únicamente hasta la fecha de toma de posesión como funcionario. Las posibilidades de revivir la ya extinta relación laboral –que hemos planteado se extingue por mutuo acuerdo de las partes al tomar posesión como funcionario, *ex art. 49.1.a del Estatuto de los Trabajadores*-, o de incorporar el mejor estatus acogido por el orden social a su estatuto particular de funcionario entendemos que carece de fundamento jurídico alguno. Ello ha supuesto, en el capítulo pertinente, estudiar con detalle la interrelación existente entre las categorías o grupos profesionales laborales y su inserción en los Cuerpos, Escalas, clases y categorías funcionariales, permitiéndonos concluir

que, siendo la funcionarización un proceso que supone la inserción de un trabajador en uno de estos últimos Cuerpos o Escalas, la Administración debe en primer término establecer las necesarias equivalencias y, a partir de ellas, configurar el proceso selectivo.

5º.- Finalmente, planteamos como inconstitucional el proceso selectivo seguido por la Comunidad de Navarra, conclusión que mantenemos a pesar de su singularísimo sistema –único- de función pública. Ni el derecho histórico, ni la LORAFNA ni la DA 1ª de la Constitución amparan el modelo navarro de integración directa del trabajador en la condición de funcionario a través de su simple manifestación de la voluntad. La integración directa, aún pese a esta singularidad, rompe con el obligado respeto a los derechos y obligaciones esenciales que la legislación básica del Estado reconoce a los funcionarios pero, fundamentalmente, implica una ruptura de las instituciones, facultades y competencias del Estado inherentes a la unidad constitucional, de las cuales el acceso a la función pública (art. 23.2 de la CE) es pieza fundamental. El modelo navarro quiebra tal unidad constitucional al afectar al referido precepto pero también al art.103.3 e incluso el art.14. Tal ruptura se amplía en los supuestos de integración forzosa de trabajadores en la condición de funcionarios, pues atenta al principio de competencia exclusiva en materia laboral que la CE atribuye al Estado, limitando -cuando no cercenando- completamente los derechos laborales reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

XXVI.- Más allá de todo lo expuesto, hemos efectuado en la presente tesis un relativamente breve excurso a las consecuencias directas de la funcionarización: la afectación del nuevo vínculo funcional y también la afectación sobre los vínculos laborales que *sobreviven* al proceso. En este sentido, establecemos las siguientes más destacables conclusiones:

1º.- en primer término, la garantía de que el trabajador funcionarizado ostenta, con independencia del resultado del proceso –superación o no del mismo- de permanencia en su puesto de trabajo debe enfocarse desde una doble perspectiva: como una fórmula *ad hoc* de provisión de puestos de trabajo si accede a la nueva condición de funcionario, fórmula extraordinaria que tiene un amparo en la finalidad misma del proceso y, por tanto, de adecuación del titular del puesto a las previsiones constitucionales, prevaleciendo tal fin de interés público sobre los sistemas ordinarios de provisión de puestos funcionariales; en cuanto al personal laboral que continúa en

el puesto, la garantía impide el recurso a la extinción del vínculo contractual al amparo del art.51 o 52.c del ET, y más concretamente a nuestro juicio por fuerza mayor, basadas en la contradicción entre aquél contrato y la naturaleza del puesto.

2º.- El deber de permanencia del funcionario durante dos años, acogido con carácter general por toda la normativa, nos parece superfluo y contradictorio, por que no reconoce los servicios prestados por el trabajador en el mismo puesto; igualmente, hemos planteado nuestra posición de que tales servicios deben ser reconocidos no solamente a estos efectos, sino también a los de consolidación de grado personal y participación en promoción interna o carrera administrativas, entre otros.

3º.- La normativa con carácter general reconoce una garantía de indemnidad retributiva para el nuevo funcionario, a fin de que sus retribuciones no se vean mermadas en relación a las que obtenía como trabajador. Sin embargo, tal garantía entendemos que no puede ser ni ilimitada en el tiempo ni total ni completa: la garantía tiene como efecto inmediato evitar un perjuicio también inmediato, pero la fórmula empleada –el complemento personal transitorio- debe suponer la progresiva absorción de las diferencias retributivas mejores, a fin de que el nuevo funcionario, a medio o largo plazo, tenga un nivel de ingresos idénticos a sus homólogos funcionarios no seleccionados mediante funcionarización.

4º.- La mayor dificultad es la respuesta que el Derecho puede dar a la garantía del derecho de carrera profesional que el trabajador no funcionarizado tiene reconocido por la ley laboral y por las normas que regulan la funcionarización y su muy difícil aplicación práctica. Las soluciones aportadas por los diferentes órdenes jurisdiccionales nos parecen poco realistas o, cuanto menos, contradictorias, pues en el mejor de los supuestos para los trabajadores, casan escasamente con la opción funcionarizadora que emana de la Constitución. Por ello planteamos que una auténtica garantía del derecho a la promoción y carrera pasa, de un lado, por el reconocimiento legal de la existencia de un grupo de puestos de hipotética adscripción indistinta para trabajadores y funcionarios y, sobre todo, por otro, por la posibilidad de que se amplíe al personal laboral el derecho a la promoción interna para Cuerpos y Escalas funcionarios de grupo superior, apuntada por la DA 25ª de la LMRFP y que hemos planteado debería extenderse a todo el personal laboral, con independencia de su grupo de clasificación, que pervive en su vínculo,

garantizándole su puesto, pero al mismo tiempo, habilitándole una auténtica posibilidad de promoción, eso sí, a través del acceso al estatus de funcionario.

XXVII.- Epílogo.

A lo largo de la tesis creemos haber acreditado que la institución jurídica de la funcionarización no es ni marginal, ni de importancia menor, ni cuantitativamente residual –por el número de efectivos humanos afectados- ni cualitativamente irrelevante –en cuanto a su complejidad jurídica-. Al contrario, al afectar al acceso a la función pública, se enlaza con un derecho fundamental. Por ello, nos parece que el Estado debería asumir la importancia de tal institución dictando una norma legal, con el carácter de norma básica, que fije los principios fundamentales de la misma, posibilitando que las Comunidades Autónomas –y a través de esta última legislación, los entes locales y Universidades públicas- puedan establecer las modulaciones o adaptaciones necesarias a sus particularidades, pero que en todo caso, como normativa permita garantizar un modelo homogéneo en el acceso por funcionarización a todas las funciones públicas, en donde la garantía de los principios de igualdad, mérito y capacidad estén plenamente reconocidos pero, al mismo tiempo, se tenga presente, la finalidad que se persigue con la misma –adaptación de puestos laborales al criterio de que la generalidad de tales deben ser servidos por personal funcionario o estatutario-, el reconocimiento de un estatus previo como trabajador que mediatiza o modula con gran intensidad la participación en el proceso selectivo y el establecimiento también de un marco protector para los trabajadores que perviven en sus puestos de trabajo readscritos a funcionarios.

ANEXO JURISPRUDENCIAL

STC 5/1981 de 13 de febrero.
STC 27/1981 de 20 de julio.
STC 32/1981 de 28 de julio.
STC 35/1982 de 14 de junio.
STC 57/1982 de 27 de julio.
STC 75/1983 de 3 de agosto.
STC 76/1983 de 5 de agosto.
STC 90/1984 de 5 de octubre.
STC 94/1985 de 29 de julio.
STC 143/1985 de 24 de octubre.
STC 76/1986 de 9 de junio.
STC 50/1986 de 23 de abril.
STC 137/1986 de 6 de noviembre.
STC 148/1986 de 25 de noviembre.
STC 18/1987 de 16 de febrero.
STC 26/1987 de 27 de febrero.
STC 65/1987 de 21 de mayo.
STC 82/1987 de 27 de mayo.
STC 99/1987 de 11 de junio.
STC 143/1987 de 23 de septiembre.
STC 205/1987 de 21 de diciembre.
STC 55/1989 de 23 de febrero.
STC 67/1989 de 18 de abril.
STC 146/1989 de 21 de septiembre.
STC 178/1989 de 2 de noviembre.
STC 140/1990 de 20 de septiembre.
STC 150/1990 de 4 de octubre.
STC 46/1991 de 28 de febrero.
STC 27/1991 de 14 de febrero.
STC 192/1991 de 14 de octubre.
STC 235/1991 de 12 de octubre.
STC 151/1992 de 19 de octubre.
STC 216/1991 de 14 de diciembre.
STC 4/1993 de 14 de enero.
STC 278/1993 de 27 de septiembre.
STC 281/1993 de 27 de septiembre.
STC 302/1993 de 21 de octubre.
STC 357/1993 de 29 de noviembre.
STC 385/1993 de 23 de diciembre.
STC 388/1993 de 23 de diciembre.
STC 60/1994 de 28 de febrero.
STC 116/1994 de 18 de abril.
STC 185/1994 de 20 de junio.
STC 228/1994 de 18 de julio.
STC 229/1994 de 18 de julio.
STC 238/1994 de 20 de julio.
STC 251/1994 de 19 de septiembre.

STC 263/1994 de 3 de octubre.
STC 269/1995 de 3 de octubre.
STC 11/1996 de 29 de enero.
STC 116/1996 de 18 de abril.
STC 16/1998 de 26 de enero.
STC 73/1998 de 31 de marzo.
STC 174/1998 de 23 de julio.
STC 12/1999 de 11 de febrero.
STC 130/1999 de 1 de julio.
STC 234/1999 de 16 de diciembre.
STC 32/2000 de 3 de febrero.
STC 83/2000 de 27 de marzo.
STC 138/2000 de 29 de mayo.
STC 274/2000 de 15 de noviembre.
STC 85/2001 de 26 de marzo.
STC 37/2002 de 14 de febrero.
STC 67/2002 de 21 de marzo.

ATC 13/1983 de 12 de enero.
ATC 83/1985 de 6 de febrero.
ATC 858/1985 de 4 de diciembre.
ATC 880/1985 de 11 de diciembre.
ATC 150/1987 de 1 de octubre.
ATC 246/1996 de 16 de septiembre.
ATC 177/1999 de 12 de julio.
ATC 231/1997 de 24 de junio.
ATC 167/1998 de 14 de julio.

STS 22-4-1908 (no nos consta referencia).
STS 17-10-1930 Ar.3077 (tomo II, 1930-31).
STS 1-3-1934 Ar.435.
STS 26-3-1934 Ar.1069.
STS 2-7-1946 Ar.862.
STS 16-6-1950 Ar.929.
STS 28-1-1958 Ar.554.
STS 14-2-1959 Ar.607.
STS 28-5-1962 Ar.2937.
STS 28-9-1962 Ar.3678.
STS 8-10-1963 Ar.4072.
STS 21-12-1963 Ar.5231.
STS 27-2-1964 Ar.1152.
STS 12-6-1964 Ar.2956.
STS 2-10-1965 Ar.4230.
STS 14-3-1966 Ar.1497.
STS 17-3-1966 Ar.1511.
STS 17-5-1966 Ar.2565.
STS 3-1-1967 Ar.300.
STS 7-10-1971 Ar.3873.
STS 10-10-1977 Ar.3895.
STS 2-4-1979 Ar.1979.
STS 8-6-1979 Ar.2347.
STS 27-6-1979 Ar.2576.
STS 10-11-1979 Ar.3787.

STS 22-11-1982 Ar.6862.
STS 17-4-1983 Ar.3327.
STS 8-6-1983 Ar.3489.
STS 13-12-1983 Ar.6202.
STS 7-5-1984 Ar.2972.
STS 3-10-1984 Ar.6043.
STS 4-10-1984 Ar.5236.
STS 16-12-1984 Ar.883.
STS 19-12-1984 Ar.6128.
STS 12-2-1985 Ar.636.
STS 29-5-1985 Ar.2783.
STS 9-10-1985 Ar.4697.
STS 16-12-1985 Ar.655/1986.
STS 12-2-1986 Ar.2156.
STS 15-2-1986 Ar.1544/1987.
STS 21-4-1986 Ar.2213.
STS 24-4-1986 Ar.2244.
STS 22-5-1986 Ar.3328.
STS 28-7-1986 Ar.4621.
STS 19-9-1986 Ar.6478.
STS 4-12-1986 Ar.7219.
STS 17-2-1987 Ar.3206.
STS 21-2-1987 Ar.1088.
STS 16-3-1987 Ar.1618.
STS 22-4-1987 Ar.4594.
STS 16-6-1987 Ar.4794.
STS 4-7-1987 Ar.5504.
STS 28-7-1987 Ar.7690.
STS 28-9-1987 Ar.6173.
STS 25-10-1987 Ar.9246.
STS 30-1-1988 Ar.74.
STS 7-3-1988 Ar.4697.
STS 18-4-1988 Ar.3353.
STS 19-5-1988 Ar.5060.
STS 3-12-1988 Ar.9453.
STS 27-2-1989 Ar.943.
STS 10-5-1989 Ar.3744/1992.
STS 24-5-1989 Ar.3907.
STS 16-6-1989 Ar.3750/1992.
STS 23-6-1989 Ar.3338.
STS 28-7-1989 Ar.5640.
STS 14-10-1989 Ar.7180.
STS 19-10-1989 Ar.3882/1992.
STS 17-1-1990 Ar.330.
STS 20-2-1990 Ar.420.
STS 23-3-1990 Ar.765.
STS 27-3-1990 Ar.2514.
STS 31-5-1990 Ar.4318.
STS 22-6-1990 Ar.5507.
STS 30-6-1990 Ar.8962.
STS 1-10-1990 Ar.7415.
STS 2-10-1990 Ar.7414.

STS 5-10-1990 Ar.10129.
STS 29-10-1990 Ar.8265.
STS 8-11-1990 Ar.8560.
STS 21-11-1990 Ar.1578/1991.
STS 26-12-1990 Ar.10559.
STS 4-12-1990 Ar.10127.
STS 5-12-1990 Ar.10129.
STS 13-12-1990 Ar.978.
STS 5-2-1991. Ar.3173.
STS 21-2-1991 Ar.859.
STS 18-3-1991 Ar.1875.
STS 18-6-1991 Ar.5151.
STS 17-10-1991 Ar.7221.
STS 18-10-1991 Ar.7571.
STS 27-1-1992 Ar.75.
STS 4-2-1992 Ar.907.
STS 16-3-1992 Ar.1650.
STS 4-4-1992 Ar.3831.
STS 29-6-1992 Ar.5195.
STS 31-10-1992 Ar.9107.
STS 28-11-1992 Ar.9387.
STS 19-1-1993 Ar.100.
STS 23-1-1993 Ar.1009.
STS 1-3-1993 Ar.1695.
STS 5-3-1993 Ar.1555.
STS 10-3-1993 Ar.1933.
STS 14-7-1993 Ar.5641.
STS 23-7-1993 Ar.5976.
STS 11-9-1993 Ar.6600.
STS 22-9-1993 Ar.7026.
STS 4-10-1993 Ar.8620.
STS 14-10-1993 Ar.7244.
STS 22-10-1993 Ar.7544.
STS 23-11-1993 Ar.8883.
STS 22-2-1994 Ar.1194.
STS 11-4-1994 Ar.2861.
STS 12-7-1994 Ar.7156.
STS 15-7-1994 Ar.5722.
STS 15-7-1994 Ar.6669.
STS 21-7-1994 Ar.6105.
STS 18-9-1994 Ar.4429.
STS 26-9-1994 Ar.7108.
STS 13-10-1994 Ar.9293.
STS 19-10-1994 Ar.1176.
STS 26-10-1994 Ar.8232.
STS 19-11-1994 Ar.10685.
STS 29-11-1994 Ar.685.
STS 2-12-1994 Ar.10011.
STS 7-3-1995 Ar.2314.
STS 28-3-1995 Ar.2613.
STS 30-3-1995 Ar.2352.
STS 18-4-1995. Ar.5265.

STS 20-4-1995 Ar.3898.
STS 12-5-1995 Ar.3885.
STS 20-6-1995 Ar.5360.
STS 22-6-1995 Ar.5363.
STS 2-10-1995 Ar.8583.
STS 13-11-1995 Ar.8625.
STS 30-11-1995 Ar.9961.
STS 12-12-1995 Ar.9238.
STS 19-2-1996. Ar.1558.
STS 28-2-1996 Ar.2738.
STS 4-3-1996 Ar.2166.
STS 27-3-1996 Ar.2711.
STS 6-6-1996 Ar.5016.
STS 20-6-1996 Ar.5095.
STS 30-9-1996 Ar.6669.
STS 4-10-1996 Ar.7447.
STS 7-10-1996 Ar.7542.
STS 7-10-1996 Ar.7492.
STS 14-10-1996 Ar.7624.
STS 3-11-1996 Ar.7736.
STS 27-11-1996 Ar.9455.
STS 10-12-1996 Ar.9139.
STS 30-12-1996 Ar.9864.
STS 28-1-1997 Ar.541.
STS 28-1-1997 Ar.543.
STS 3-2-1997 Ar.1552.
STS 10-2-1997 Ar.1409.
STS 3-3-1997 Ar.1919.
STS 3-3-1997 Ar.2195.
STS 7-2-1997 Ar.1161.
STS 28-1-1997 Ar.541.
STS 14-3-1997 Ar.2471.
STS 24-4-1997 Ar.3498.
STS 26-5-1997 Ar.4008.
STS 9-6-1997 Ar.4692.
STS 9-6-1997 Ar.5088.
STS 16-6-1997 Ar.5262.
STS 7-7-1997 Ar.6250.
STS 8-7-1997 Ar.7184.
STS 25-10-1997 Ar.9246.
STS 20-1-1998 Ar.1000.
STS 21-1-1998 Ar.1138.
STS 5-3-1998 Ar.3014.
STS 27-3-1998 Ar.3159.
STS 22-5-1998 Ar.7423.
STS 26-5-1998 Ar.5451.
STS 12-6-1998 Ar.5203.
STS 13-7-1998 Ar.6166.
STS 11-5-1999 Ar.6732.
STS 22-9-1998 Ar.7423.
STS 5-10-1998 Ar.8659.
STS 13-10-1998 Ar.7809.

STS 25-10-1998 Ar.8152.
STS 26-10-1998 Ar.7875.
STS 30-10-1998 Ar.8183.
STS 10-11-1998 Ar.9542 y 9543.
STS 15-12-1998 Ar.1012/1999.
STS 18-11-1998 Ar.9994.
STS 21-12-1998 Ar.313/1999.
STS 28-12-1998 Ar.386/1999.
STS 19-1-1999 Ar.810.
STS 26-1-1999 Ar.1105.
STS 3-2-1999 Ar.1152.
STS 12-2-1999 Ar.2326.
STS 10-3-1999 Ar.2124.
STS 25-3-1999 Ar.3516.
STS 30-3-1999 Ar.3775.
STS 3-5-1999 Ar.4299.
STS 11-5-1999 Ar.6732.
STS 11-6-1999 Ar.5497.
STS 14-6-1999 Ar.6157.
STS 18-6-1999 Ar.6253.
STS 7-7-1999 Ar.6798.
STS 21-9-1999 Ar.7303.
STS 13-10-1999 Ar.7493.
STS 18-10-1999 Ar.8147.
STS 24-11-1999 Ar.8719.
STS 8-1-2000 Ar.2047.
STS 13-1-2000 Ar.659.
STS 14-1-2000 Ar.552.
STS 17-1-2000 Ar.921.
STS 8-2-2000 Ar.1744.
STS 18-2-2000 Ar.1286.
ATS 28-2-2000 Ar.1958.
STS 29-2-2000 Ar.3167.
STS 27-3-2000 Ar.3128.
STS 14-4-2000 Ar.5148.
STS 29-5-2000 Ar.4804.
ATS 29-5-2000 Ar.4608.
STS 6-7-2000 Ar.6294.
STS 25-10-2000 Ar.9676.
STS 31-10-2000 Ar.9012.
STS 12-2-2001 Ar.676.
STS 20-3-2001 Ar.2533.
STS 5-4-2001 Ar.3416.
STS 14-5-2001 Ar.4476.
STS 25-6-2001 Ar.7079.
STS 18-9-2001 Ar.8181.
STS 14-12-2001 Ar.29801/2002.
STS 11-1-2002 Ar.1836.
STS 21-1-2002 Ar.3155.
STS 19-2-2002 Ar.7331.
STS 5-3-2002 (*La Ley 2002, 3480*).
STS 8-3-2002 (*AL núm.23, 2002, pg.2053-2056*).

STS 21-3-2002 (AJA 531/1).
STS 5-12-2002 Ar. 518/2003.
STS 27-1-2003 (AJA 566/1.)
STS 27-1-2003 Ar.2885.
STS 28-1-2003 Ar.2886.
STS 31-3-2003 Ar.2878.
STS 17-2-2003 Ar.3242.

SAN 30-3-1992 Ar.3300.
SAN 12-4-2000 (*El Derecho* 2000/6607).
SAN 13-7-2001 (*JUR* 2001/296076).
SAN 20-9-2001 (*JUR* 2001/294823).
SAN 18-10-2001 (*JUR* 2002/9856).
SAN 15-1-2002 (*JUR* 2003/58260).
SAN 7-2-2002 RJCA 194/2003.
SAN 14-11-2002 (*JUR* 2003/25827).

STCT 15-1-1976. *copia de la sentencia original*.
STCT 15-4-1986 Ar.2449.

STSJ Navarra 8-9-1989. *copia de la sentencia original*.
STSJ Andalucía/Sevilla 13-10-1992 AS.6572.
STSJ Galicia 14-10-1992 AS.4818.
STSJ Cataluña 28-10-1992. *copia de la sentencia original*.
STSJ Castilla-La Mancha 30-11-1992 AS.5834.
STSJ Cataluña 18-12-1992 AS.6387.
STSJ Cataluña 21-12-1992 (*RGD* 1993, pág.3881).
STSJ Castilla y León/Valladolid 27-3-1993 AS.3456.
STSJ Baleares 28-7-1993 (Ar.Cat.y Baleares 175).
STSJ Cataluña 13-9-1993 AS.3823.
STSJ País Vasco 23-11-1993 AS.5116.
ATSJ Cataluña 26-11-1993 (cuestión inconstitucionalidad).
STSJ Castilla y León/Valladolid 25-1-1994 AS.271.
STSJ Baleares 20-4-1994 AS.1355.
STSJ Cataluña 27-4-1994. *copia de la sentencia original*.
STSJ Comunidad Valenciana 30-5-1994. *copia de la sentencia original*.
STSJ Aragón 30-6-1994 AS.2388.
STSJ Madrid 29-9-1994 AS.3640.
STSJ Baleares 18-10-1994 AS.4018.
STSJ Madrid 15-11-1994. *copia de la sentencia original*.
STSJ País Vasco 16-2-1995 (*RGD* 628-629, 1997).
STSJ Madrid 14-3-1995 RJCA 294.
STSJ Madrid 17-3-1995. *copia de la sentencia original*.
STSJ Navarra 9-5-1995 AS.1828.
STSJ Baleares 10-7-1995 RJCA 457.
STSJ Baleares 27-7-1995 AS.2938.
STSJ Murcia 28-7-1995 AS.2832.
STSJ Navarra 5-12-1995 RJCA 1049.
STSJ Navarra 20-12-1995 RJCA 1058.
STSJ Navarra 17-1-1996 RJCA 8.
STSJ Navarra 29-1-1996 RCJA 109.
STSJ Navarra 25-1-1996 RJCA 104.

STSJ Navarra 2-3-1996 RJCA 331.
STSJ Murcia 4-3-1996 RJCA 327.
STSJ Navarra 6-3-1996 RJCA 332.
STSJ La Rioja 15-4-1996 AS.1260.
STSJ La Rioja 3-5-1996 (RJCA 604)
STSJ Madrid 13-7-1996 AS.2639.
STSJ Andalucía/Sevilla 26-7-1996 AS.2658.
STSJ Asturias 20-9-1996 AS.2806.
STSJ Andalucía/Granada 30-9-1996. *copia de la sentencia original.*
STSJ Andalucía/Granada 7-10-1996. *copia de la sentencia original.*
STSJ Andalucía/Málaga 22-11-1996 AS.3884.
STSJ Canarias/Sta.Cruz de Tenerife 13-12-1996 RJCA 2251.
STSJ Cantabria 23-1-1997 AS.150.
STSJ País Vasco 20-2-1997 AS.228.
STSJ Cataluña 10-3-1997 AS.1838.
STSJ Cataluña 14-3-1997 AS.1859
STSJ País Vasco 18-3-1997 AS.1299.
STSJ Asturias 24-3-1997 RJCA 627.
STSJ Canarias/Sta.Cruz de Tenerife 17-4-1997 RJCA.736.
STSJ Andalucía/Málaga 22-4-1997 AS.1620.
STSJ Andalucía/Granada 5-5-1997. *copia de la sentencia original.*
STSJ Galicia 7-5-1997 AS.1663.
STSJ La Rioja 13-5-1997 AS.1908.
STSJ Andalucía/Granada 21-7-1997 (2). *Copia de las dos sentencias originales.*
STSJ País Vasco 21-10-1997 AS.3521.
STSJ Castilla-La Mancha 25-2-1997 AS.737.
STSJ País Vasco 15-10-1997 *El Derecho* 1997/20241.
STSJ Castilla-La Mancha 24-10-1997 AS.4790.
STSJ Asturias 7-11-1997 RJCA 2835.
STSJ Castilla y León/Valladolid 29-12-1997 AS.5221.
STSJ Andalucía/Sevilla 19-2-1998 RJCA 248.
STSJ Castilla-La Mancha 28-2-1998. *copia de la sentencia original.*
STSJ Andalucía/Granada 9-3-1998 RJCA 2090.
STSJ Madrid 18-3-1998 AS.1131.
STSJ Madrid 2-4-1998 AS.1382.
STSJ País Vasco 5-5-1998 AS.2436.
STSJ Extremadura 18-5-1998 AS.2383.
STSJ Canarias/Las Palmas 19-5-1998 AS.2825.
STSJ País Vasco 27-5-1998 AS.2306.
STSJ Canarias/Santa Cruz 29-5-1998 AS.1592.
STSJ Cataluña 15-6-1998 AS.2789.
STSJ Madrid 18-6-1998 AS.2595.
STSJ Madrid 29-6-1998 AS.2724.
STSJ Castilla-La Mancha 6-7-1998 RJCA 2566.
STSJ Castilla-La Mancha 28-7-1998 AS.2489.
STSJ Castilla y León/Burgos 23-11-1998. RJCA 4259.
STSJ Comunidad Valenciana 17-2-1999. *copia de la sentencia original.*
STSJ Andalucía/Málaga 26-3-1999 AS.588.
STSJ Castilla-La Mancha 28-4-1999 RJCA 1526.
STSJ Madrid 28-4-1999 AS.1490.
STSJ Andalucía/Granada 17-5-1999 RJCA 1340.
STSJ País Vasco 5-7-1999 Ar.2869.

STSJ Galicia 14-7-1999 Ar.3002.
STSJ Galicia 24-7-1999 AS.2359.
STSJ Canarias 8-10-1999 RJCA 4283.
STSJ Baleares 13-10-1999 AS.4230.
STSJ Andalucía/Granada 28-11-1999. *copia de la sentencia original*.
STSJ Navarra 28-12-1999 RJCA.4472/1999.
STSJ Madrid 12-1-2000 AS.1272.
STSJ Andalucía/Granada 13-2-2000 RJCA.572.
STSJ Castilla y León/Burgos 3-3-2000 RJCA 421.
STSJ Andalucía/Sevilla 17-3-2000 AS.3655.
STSJ Andalucía/Granada 26-3-2000 AS.588.
STSJ País Vasco 30-3-2000 RJCA 1782.
STSJ Galicia 4-4-2000 AS.972.
STSJ Navarra 28-4-2000 AS.1017.
STSJ Murcia 2-5-2000 AS.1842.
STSJ Navarra 12-5-2000 RJCA 1314.
STSJ Castilla-La Mancha 20-5-2000 RJCA 2087.
STSJ Extremadura 26-7-2000 AS.1656.
STSJ Navarra 16-10-2000. RJCA 113/2001.
STSJ Cantabria 26-10-2000 (*JUR* 2001/26968).
STSJ Murcia 19-12-2000 (*El Derecho* 2000/67650).
STSJ Castilla-León/Burgos 9-2-2001 (*AJA* ref.482/8).
STSJ Madrid 21-3-2001 AS.1756.
STSJ Navarra 30-3-2001 AS.1478.
STSJ Madrid 6-4-2001 AS.2336
STSJ Murcia 14-5-2001 AS.2825.
STSJ Cataluña 29-6-2001 RJCA 1217.
STSJ Navarra 20-7-2001 AS.3573.
STSJ Navarra 7-9-2001RJCA 2001.
STSJ Galicia 28-9-2001 (*JT* 32/2002).
STSJ Andalucía/Sevilla 29-9-2001 RJCA 313/2002.
STSJ Navarra 22-10-2001 RJCA 1278.
STSJ Comunidad Valenciana 25-10-2001 RJCA 492/2002.
STSJ Andalucía/Sevilla 26-11-2001 RJCA 564/2002.
STSJ Andalucía/Sevilla 15-1-2002 RJCA 468.
STSJ Andalucía/Sevilla 15-1-2002 AS.3764.
STSJ Madrid 7-3-2002 (*JUR* 2002/235194).
STSJ Baleares 29-4-2002 AS.2231.
STSJ Madrid 4-4-2002 (*JUR* 2002/235539).
STSJ Cataluña 11-6-2002 RJCA 518/2003.
STSJ Navarra 20-9-2002 RJCA 1060.
STSJ Andalucía/Sevilla 19-11-2002 RJCA 345/2003.
STSJ La Rioja 3-12-2002 AS 919/2003.
STSJ Andalucía 13-12-2002 AS.888/2003.
STSJ La Rioja 23-1-2003 AS.1748.
STSJ Cataluña 12-6-2003 AS.2782.
STSJ Cataluña 26-6-2003 AS. 2783.
STSJ Cataluña 27-6-2003 AS.2784.
STSJ País Vasco 8-7-2003 (*AJA* 600/20).

SJCA núm.1 de Pamplona 25-1-2000. RJCA 2118.
SJCA núm.1 de Pamplona 23-3-2001. RJCA 579.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

“Informe Pi i Sunyer sobre l’Administració de la Generalitat de Catalunya”. Fundació Carles Pi i Sunyer d’Estudis autonòmics i locals. Barcelona, 2003.

AGUILERA IZQUIERDO, Raquel.

“El régimen jurídico del personal docente e investigador contratado por las Universidades Públicas de Madrid”. REDT, núm.118, 2003.

AGIRREZKUENAGA, Iñaki.

“Origen de los funcionarios locales de habilitación estatal: los Cuerpos Nacionales”. IVAP. Bilbao, 1996.

“L’acreditació del coneixement del català en la funció pública de les administracions catalanes”. AA.VV: *“Estudis jurídics sobre la llei de política lingüística”*. Marcial Pons-Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón.

“La nueva configuración legal de la relación de empleo público. Funcionarios y contratados laborales”. IEAL. Sevilla, 1987.

ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep.

“Les relacions de llocs de treball de les Administracions Públiques”, Cedecs Editorial. Barcelona, 1996.

“Plans d’Ocupació i Relació de llocs de treball als ens locals”, AA.VV: *“Planificació i gestió de l’ocupació als ens locals”*. CEMICAL. Barcelona, 1996.

ALEDO AMORÓS, Fulgen.

“La experiencia de un proceso selectivo masivo: Osakidetza 96”, AA.VV: *“Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas”*. IVAP.Oñati, 1997.

ALEGRE AVILA, José Manuel.

“La función pública y los interinos y contratados: la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1989 de 18 de abril. Una reflexión sobre los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad”. REALA núm.243, 1989.

ALLI FERNÁNDEZ, José Luis y CIRIZA ARÍZTEGUI, Luis.

“El proceso de funcionarización del personal sanitario en la Comunidad Foral de Navarra”. Revista Derecho y Salud. Volumen III, núm.1, enero-junio 1995.

ALMANSA PASTOR, M.

"*La prestación laboral en caso de nulidad del contrato de trabajo*". Revista de Política Social, núm.67, 1965.

ALONSO GARCÍA, Manuel.

"*Curso de Derecho del Trabajo*", 9ª edición. Ariel Derecho.Barcelona, 1985.

ALONSO OLEA, Manuel.

"*Los límites de la aplicación del Derecho del Trabajo al personal de las Administraciones Públicas*". AA.VV, "*Libro Homenaje a Villar Pallast*". Editorial Civitas. Madrid, 1988.

ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Maria Emilia.

"*Derecho del Trabajo*", 17ª y 18ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1999 y 2000.

ALTÉS TÁRREGA, Juan Antonio.

"*La contratación temporal en la Administración Pública*". Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1994.

ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel.

"*El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos de trabajo del sector público*". DA núms. 210-211, 1987.

ALVAREZ DE LA ROSA, Manuel y PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos.

"*Derecho del Trabajo*". 9ª edición. Editorial Ramón Areces. Madrid, 2001.

ALVAREZ VÉLEZ, Maria Isabel y ALCÓN YUSTAS, Maria Fuencisla.

"*Las Constituciones de los Quince Estados de la Unión Europea. Textos y Comentarios*". Dykinson. Madrid, 1996.

ANDRÉS LEÓN, Rafael y BAL FRANCÉS, Edmundo.

"*Reflexiones sobre el efecto de las posibles irregularidades presentes en la contratación laboral temporal de las Administraciones Públicas*". Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.296/1997.

AMENÓS ALAMO, Joan.

"*La inspección urbanística. Concepto y régimen jurídico*". Cedecs. Barcelona, 1999.

ANASTOPOULOS, Jean.

"*L'adaptation de l'Administration dans ses missions, ses structures et son personnel à la nouvelle situation économique: le cas de la Grèce*". Revue Internationale des sciences administratives, núm.1, 1987.

ARENILLA SÁEZ, Manuel.

“La función pública autonómica: ¿un modelo agotado?”. REDA, núm.74, 1992.

ARGUELLES BLANCO, Ana.

“La excedencia laboral voluntaria”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1997.

ARROYO ABAD, Carlos.

“El personal laboral al servicio de la Administración Pública local”. Anuario Jurídico y Económico Escorialense. Real Colegio Universitario Escorial-Maria Cristina, núm.XXXV, 2002.

ARROYO YANES, Luis Miguel.

“La carrera administrativa de los funcionarios públicos”. Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1994.

AUBY, Jean-Bernard- AUBY, Jean-François.

“Droit des collectivités locales”. Presses Universitaires de France.Paris, 1990.

AUBY, Jean-Marie, AUBY, Jean-Bernard, JEAN-PIERRE, Didier y TAILLEFAIT, Antony.

“Droit de la fonction publique. État-collectivités locales-hôpitaux”.. 4ª edición. Dalloz. Paris.2002.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano.

“Reducción y laboralización de la Función pública alemana en el marco del proceso de privatización de servicios públicos de los años noventa (en particular, la privatización del control aéreo, los ferrocarriles, el correo y las telecomunicaciones)”. DA, núm.243, 1995.

BAL FRANCÉS, Edmundo et altri.

“Relaciones laborales con las Administraciones Públicas. Compendio de jurisprudencia y doctrina judiciales”. BOE-MAP. Madrid, 1999.

BALLBÉ MALLOL, Manuel.

Prólogo a *“Introducció al dret local i urbanístic de Catalunya”*. AAVV. Tirant lo blanch. Valencia, 2001.

“Principios pluralistas”, en *“Manual de Derecho Administrativo”* (dir.Manuel BALLBÉ y Marta FRANCH). UAB-AECI. Girona, 2002.

BARREIRO GONZÁLEZ, Germán.

“Trabajadores temporales al servicio de la Administración local: conversión en funcionarios”. AL núm.3, 2000.

BAUZÁ MARTORELL, Felio.

"*La desadministración pública*". Marcial Pons-Consell de Mallorca. Madrid, 2001.

"*Contención del gasto público y tasa de reposición de efectivos en la Administración local*". REALA, núm.289/2002.

BERMEJO CABRERO, Fernando.

"*Las relaciones de puestos de trabajo y la laboralización de la función pública*". REDA, núm.62, abril-junio 1989.

"*Laborales y funcionarios en la Administración. Notas sobre la estructura de la función pública*". AA.VV: "*Funció Pública Local (Vol.I) Estudis i comentaris*". Quaderns municipals, 8. Federació de Municipis de Catalunya (FMC). Barcelona, 1991.

BODIGUEL, Jean-Luc.

"*Les fonctions publiques dans l'Europe des douze*". Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ). París, 1994.

BOLTAINA BOSCH, Xavier.

"*Régimen jurídico de los trabajadores indefinidos no fijos de la Administración Pública*". Aranzadi Social, núm.4, 2002.

BOQUERA OLIVER, José María.

"*Derecho Administrativo*". 10ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996.

BOSSAERT, Danielle; DEMMKE, Christoph et ONNÉE-ABBRUCIATI, Marie-Laure.

"*L'évolution des fonctions publiques en Europe: une approche comparée des développements récents*". AAVV: "*Le fonctionnaire est-il un salarié comme les autres?. Pensions de retraite dans les fonctions publiques en Europe*" (Dir.Maria Laure ONNÉE). Bruylant-CSE. Bruxelles, 2003.

CÁMARA DEL PORTILLO, Diego.

"*La función pública ante el Tribunal Constitucional: una oportunidad perdida (comentario a la sentencia 99/1987 de 11 de junio)*". REDA, núm.57, 1988.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel.

"*La contratación laboral temporal*". 2ª edición. Editorial Tirant lo blanch, *Colección laboral* núm.22. Valencia, 1998.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel y SALA FRANCO, Tomás.

"*La clasificación de puestos de trabajo y el cambio de funciones del personal de la Generalitat Valenciana*". Direcció General de la Funció Pública de la Comunidad Valenciana-Conselleria d'Administració Pública. Valencia, 1990.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa.

"El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral". Marcial Pons. Madrid, 2001.

CARBONERO GALLARDO, José Miguel.

"La planificación de los recursos humanos en las Administraciones Públicas. Especial referencia al ámbito local". EC, núm.6, 1999.

CASAS BAAMONDE, Maria Emilia:

"Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales", REDT, núm.48, 1991.

CASTELLS ARTECHE, José Manuel.

"Proceso de construcción y desarrollo de la Función Pública Autonómica". INAP. Alcalá de Henares, Madrid, 1987.

CASTILLO BLANCO, Federico A.

"Acceso a la función pública local (políticas selectivas y control jurisdiccional)". Editorial Comares. Granada, 1993.

"El sistema retributivo en la función pública española". Marcial Pons. Madrid, 2002.

CATALÁ POLO, Rafael.

"El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado". DA, núm.243, 1995.

CORCUERA ATIENZA, Javier y GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel.

"La constitucionalización de los derechos históricos". Serie Minor. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2002.

CORDERO SAAVEDRA, Luciano.

"Laborales y funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, ¿Derecho del trabajo versus Derecho Administrativo?". Aranzadi Social, revista quincenal, núm.3, mayo-2000.

"La controvertida naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo en las Administraciones Públicas". AA, núm.26/2002.

"Régimen de trabajo en las Administraciones Públicas". Ediciones Laborum. Murcia, 2003.

CORRAL VILLALBA, Juan.

"Como hacer la valoración de puestos de trabajo en un ayuntamiento: la relación de puestos de trabajo". Editorial Civitas. Madrid, 2001.

COSTA CASTELLÀ, Eduardo.

“Patologías de la funcionarización del personal laboral en la administración local”. Gestión local Aranzadi/Personal, boletín núm.1/2003.

CRESPO MONTES, Luis Fernando.

“La reforma legal de la función pública española de los años sesenta”. RAP, núm.149/1999.

“El Estatuto básico de la función pública ¿una desgana políticamente compartida?”. AA, núm.22/2001.

“La función pública española 1976-1986: de la transición al cambio”. MAP-INAP. Madrid, 2001.

CHAVES GARCÍA, José Ramon.

“Organización y gestión de las Universidades públicas”. PPV. Barcelona, 1993.

“Delimitación jurisprudencial de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario”. AAVV: *“Segundo Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria”*. Universidad de Murcia, 1997.

CHAPUR, R.

“Droit administratif général”. Tomo II, 9ª edición. Montchrestien. Paris, 1996.

DAHRENDORF, Ralf.

“Triunfo de los servicios públicos”. La Vanguardia, 1-2 enero 2004.

DE FORGES, Jean-Michel.

“Droit de la fonction publique”. Presses Universitaires de France. Paris, 1997.

DE VICENTE DOMINGO, Ricardo.

“El puesto de trabajo en el derecho de la función pública”, Colección Administrativa num.4, Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1997.

DEL REY GUANTER, Salvador.

“Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública”. INAP, Madrid, 1986.

“Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”. MAP. Madrid, 1988.

“La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública”. RL, 1991 (tomo I).

“Planes de ocupación y negociación colectiva en los entes locales”. AA.VV: *“Planificació i gestió de l'ocupació als ens locals”*. CEMICAL-Diputació de Barcelona. Barcelona, 1996.

DEL REY GUANTER, Salvador y GALA DURÁN, Carolina.

“Régimen estatutario frente a norma laboral en el marco de las Instituciones sanitarias del INSALUD: razones y consecuencias de un largo e inacabdo debate”, comunicación a la ponencia temática III, en AA.VV: *“Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”*. Volumen II. MTAS. 2001.

DEL REY GUANTER, Salvador y LUQUE PARRA, Manuel.

“Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos”. RL, núm.4, 1997.

DEL SAZ CORDERO, Silvia.

“Contrato laboral y función pública”, Editorial Marcial Pons. Madrid, 1995.

“La laboralización de la función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de alta dirección”. DA, núm.243, 1995.

“La laboralización de la función pública”. AA.VV.*“El Estatuto de la Función Pública ¿la reforma adecuada?”*. Fundación Genesian. Madrid, 1999.

DEL VALLE PASCUAL, Juan Manuel.

“La crisis del profesorado universitario”, AA núm.34, 2001.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis.

“Selección de funcionarios y provisión de puestos de trabajo, según la jurisprudencia: desde la oposición libre a la libre designación pasando por el concurso de méritos”. El Consultor, núm.11, 1999.

DE LA OLIVA CASTRO, A.

“La articulación en Cuerpos de la función pública española”. DA núm.96, 1965.

DE LA VILLA, Luis Enrique.

“Sobre el personal no funcionario al servicio de la Administración Pública”. DA, núm.54, 1962.

DIEZ PICAZO, Luis Maria.

“La derogación de las leyes”. Editorial Civitas. Madrid, 1990.

DIEZ SOTO, Carlos Manuel.

“La conversión del contrato nulo”. Editorial Bosch. Barcelona, 1994.

EMBID IRUJO, Antonio.

“La fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Un estudio de los derechos alemán y español”. INAP, Alcala de Henares. Madrid, 1987.

ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María.

“La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. REALA

núm.283, 2000.

ENTRENA CUESTA, Ramón.

"Curso de Derecho Administrativo". Volumen I/2.9ª edición. Madrid, 1988.

"El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional", en AA.VV: "Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría". Volumen III. Editorial Civitas. Madrid, 1991.

ESCRIBANO, Francisco.

"Los Presupuestos Generales del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". Revista Española de Derecho Financiero, núms.109-110, 2001.

ESCUIN PALON, Vicente M.

"El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas". INAP. Alcalá de Henares, 1986.

FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel.

"Selección y promoción interna de los funcionarios locales", en AA.VV: "Funció Pública Local. Estudis i comentaris" Federació de Municipis de Catalunya/Diputació de Barcelona/Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 1991.

"Instrumentos de gestión de personal: plantillas, relaciones de puestos de trabajo, catálogo y registro de personal", en AA.VV: "Funció Pública Local. Estudis i comentaris". Federació de Municipis de Catalunya/Diputació de Barcelona/Ajuntament de Barcelona. Barcelona, 1991.

"El sistema de mérito en el empleo público: principales singularidades y analogías respecto del empleo en el sector privado". DA núms.241-242, 1995.

"Planes de Empleo y gestión de personal en los entes locales". AA.VV: "Planificació i gestió de l'ocupació als ens locals". CEMICAL. Barcelona, 1995.

"Reflexiones sobre la necesaria renovación del actual modelo de selección en las administraciones públicas", en AA.VV: "Jornadas sobre selección de perosnal en las Administraciones Públicas". IVAP-Herri Arduralitzaren Euskal Erakundea. Oñati, 1997.

"Estructura, organització i gestió del model espanyol de funció pública", en AA.VV (coord.Rafael JIMENEZ ASENSIO): "Dret de la funció pública". Ediuoc-edicions de la Universitat Oberta de Catalunya. Barcelona, 2000.

"Movilidad y carrera en la función pública local: reflexiones en torno a su reformulación". Ponencia escrita presentada al Seminario "Quina funció pública volem pels nostres ajuntaments". Jornadas organizadas por la Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònòmics i Locals. Presentada el 28-11-2003. Pendiente de publicación.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José.

"La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo". Editorial Civitas.

Madrid, 1993.

“*El contrato de trabajo*”, en AA.VV: “*Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*” (dir.y coord. Antonio MARTÍN VALVERDE y Joaquín GARCÍA MURCIA). Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.

“*Acceso y movilidad de los funcionarios (sobre la laboralización de alguno de los núcleos duros del Derecho de la Función Pública)*”. Escola Galega de Administración Pública-Xunta de Galicia. Santiago de Compostela, 2003.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana.

“*La negociación colectiva de los funcionarios públicos*”. Cedecs. Barcelona, 1996.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán.

“*Régimen jurídico de la función pública y jurisprudencia constitucional*”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, núm.12, 1992.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luis Antonio.

“*Ordenación del tiempo de trabajo*”. AA.VV: “*Tratado práctico de Derecho y Seguridad Social*” (dir.y coord. Antonio MARTÍN VALVERDE y Joaquín GARCÍA MURCIA). Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.

FERREIRA FERNÁNDEZ, A.Xavier.

“*La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*”. INAP-Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 2002.

FERREIRO LAPATZA, José Juan.

“*Derecho presupuestario y técnica legislativa*”. Revista Española de Derecho Financiero, núm.87, 1995.

FERRET JACAS, Joaquim.

“*Evolució laboral. Els treballadors de l'Administració local*”. Comunicación presentada al 2º Congreso de municipios de Cataluña. Barcelona, 2001.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge.

“*Nuevos aspectos sobre la naturaleza de las estructuras orgánicas y relaciones de puestos de trabajo a partir de la jurisprudencia reciente*”. RVAP núm.28/1990.

“*Constitución y Empleo Público. Estudio y propuestas en relación a un régimen jurídico común*”. Editorial Comares. Granada, 2000.

FRANCH SAGUER, Marta.

“*Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*”. Editorial Civitas. Madrid, 1992.

FUENTES GASÓ, Josep Ramon.

“El règim jurídic dels actes i dels acords dels ens locals”. AA.VV: “*Introducció al Dret Local de Catalunya*” (coordinadora Judith Gifreu Font). Cedecs. Barcelona, 2002.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Angel.

“*Selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas: perspectiva de una reforma*”. Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED, núm.16, 2000.

“*Modelos europeos de función pública*”, AA.VV: “*El Estatuto de la función pública a debate*”. CCOO. Madrid, 2003.

GALA DURÁN, Carolina:

“*Ordenación jurídica de las relaciones laborales*”, AA.VV: “*Teoría de las relaciones laborales. Fundamentos*”. Editorial UOC. Barcelona, 2003.

“*La incapacidad temporal*”. Ponencia presentada al V Seminario sobre relaciones colectivas en la Administración Local, organizado por la Federació de Municipis de Catalunya, UGT y CCOO (sesión de 28 de octubre de 2003).

GARCÍA LÓPEZ, Rafael.

“*La contratación temporal en las Administraciones Públicas*”. REDT, núm.44/1990.

GARCÍA MANZANO, Pablo.

“*Navarra en el contexto autonómico: el futuro del Estado de las Autonomías*”. AA.VV: “*Presente y futuro del régimen foral de Navarra*” (jornadas conmemorativas del XX Aniversario del Amejoramiento del Fuero). Aranzadi. Navarra, 2003.

GARCÍA MURCÍA, Joaquín et altri.

“*Derecho del Trabajo*”, 5ª.edición. Editorial Tecnos. Madrid, 1996.

GARCÍA ORTEGA, Jesús et altri.

“*Curso de Derecho del Trabajo*”, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

GARCÍA PIQUERAS, Manuel.

“*Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social*”. Consejo Económico y Social. Madrid, 1996.

GIFREU FONT, Judith.

“*La participació ciutadana a l'àmbit local*”. AA.VV: “*Introducció al dret local de Catalunya*”. Cedecs.

Barcelona, 2002.

GODINO REYES, Martín.

"*El contrato de trabajo en la Administración Pública*". Editorial Civitas. Madrid, 1996.

"*La problemática de la contratación laboral en la Administración Local*". REDA, núm.81, 1997.

GOERLICHT PESET, José María y VEGA LÓPEZ, Julio.

"*¿Una nueva categoría de personal laboral al servicio de la Administración Pública? Los trabajadores indefinidos no fijos de plantilla*". RL, núm.11/1998.

"*El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias*". Ponencia temática III, en AA.VV: "*Las relaciones laborales en las Administraciones públicas*", volumen II. MTAS.Madrid.2001.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro.

"*Los derechos colectivos de los funcionarios*". CES. Madrid, 1994.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos.

"*La nulidad parcial del contrato*". Actualidad Editorial. Madrid, 1995.

GONZÁLEZ GALLARDO, Leandro.

"*Introducción de sistemas de planificación de recursos humanos y flexibilización de la relación de empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas*". Presupuesto y Gasto Público, 1994.

GONZÁLEZ-HABA GUIADO, Vicente María.

"*Los problemas del personal no funcionario*". REALA núm.225, 1985.

"*En torno a las oposiciones restringidas (STC 50/1986 de 23 de abril)*". REDA, núm.50, 1986.

"*La nueva normativa sobre función pública y sus derivaciones en el ámbito local*". REALA núm.231/1986.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.

"*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*", Editorial Civitas. Madrid, 1991.

GONZÁLEZ QUINTÁ, Arturo.

"*Marco constitucional de la función pública: punto de partida necesario para alternativas laboralizadoras*". DA, núm.243/1995.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan.

"*Las excedencias en Derecho del Trabajo*", volumen 8 de "*Estudios de Derecho del Trabajo*". Editorial

Comares. Granada, 1998.

GRAU MORANCHO, Ramiro.

"*Laboralización Administraciones Públicas*". Colección Informes. Editorial Trivium. Madrid, 1998.

HERNÁNDEZ MARTIN, Ángel.

"*Dudas jurisdiccionales sobre selección y provisión de plazas de personal estatutario de los servicios de salud*". AAVV: "*Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas*", volumen II. MTAS, 2001.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel.

"*Jueces y soldados*". El País, 6-11-1999, pág.19.

"*Derechos históricos y Constitución*". Taurus. Madrid, 1998.

ILDEFONSO HUERTAS, Rosa Maria.

"*La selección de personal*", en AA.VV: "*Lecciones de Función Pública*" (director, F.A.Castillo Blanco). CEMCI. Granada, 2002.

IZQUIERDO HERNÁNDEZ, Francisco Javier y MOLINA GARCÍA, Mónica.

"*La laboralización de los funcionarios públicos*", Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

JIMÉNEZ ABAD, Manuel.

"*La función pública autonómica en el proceso de modernización del sector público*". RVAP, núm.45-II, 1996.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael.

"*Políticas de selección en la función pública española (1808-1978)*". INAP. Madrid, 1989.

JIMÉNEZ DÍAZ, Andrés.

"*La impugnación de las Leyes de Medidas como problema. Consideraciones desde la jurisprudencia constitucional sobre la Ley de Presupuestos*". Revista Española de Derecho Financiero, núm.112/2001.

JORION, Benoît.

"*Le principe de parité entre fonctions publiques, un principe peau de chagrin*". Revue française de droit administratif, núm.14(2), 1998.

JUNQUERA GONZALEZ, Juan.

"*El sistema de oposición*". REDA, núm.137/septiembre-octubre 1970.

KONNINCKX FRASQUET, Amparo et altri.

"*Personal. Gestión local Aranzadi*". Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.

LASAGABASTER, Iñaki.

"El recurso al derecho privado en los sistemas de personal de las Administraciones autonómicas y de las corporaciones locales". DA, núm.243/1995.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos.

"La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo". RAP núm.136/1995.

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo.

"La reforma de la sanidad pública y del régimen jurídico de su personal". Consejo Económico y Social. Madrid, 1999.

LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo et altri.

"La contratación laboral temporal en las Administraciones Públicas". Estudios de Derecho Laboral. Editorial Civitas. Madrid, 1993.

LARRUMBE BIURRUN, Pedro Maria.

"El personal al servicio de la Administración local de Navarra". RJN, núm.7/1989

LIMÓN LUQUE, M.A.

"La igualdad en el acceso del personal laboral a la función pública: las limitaciones en la aplicación del Derecho del Trabajo" Revista de Trabajo, 1990, núm.99.

LONGO, Francisco.

"Reforma del empleo público: tótem y tabú". GAPP, núm.2/1995.

"Precariedad laboral en la Administración Pública". Expansión & Empleo, 6-11-2003.

LOPERENA ROTA, Demetrio.

"Autonomía foral y competencias sobre Administración municipal en Navarra". REALA, núm.240, 1988.

LÓPEZ BERTRÁN DE HEREDIA, Carmen.

"La nulidad contractual. Consecuencias". Tirant lo blanch. Valencia, 1995.

LÓPEZ DE FORONDA VARGAS, F.

"Los defensores del pueblo y la selección de personal en las Administraciones Públicas", en AA.VV: "Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas (Vitoria-Gasteiz, 1996)". IVAP. Oñati, 1997.

LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco.

"La configuración jurídica del principio de autoridad". Universidad de Granada/Editorial Civitas. Madrid, 1993.

LÓPEZ GANDIA, Juan.

“El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo”. AL, núm.23, 1990.

LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel.

“El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas”. Editorial Civitas. Madrid, 1995.

LÓPEZ LÓPEZ, Julia.

“Marcos autonómicos de relaciones laborales y de protección social”. Marcial Pons-Generalitat de Catalunya. Madrid, 1993.

LÓPEZ MENUDO, Francisco.

“El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas”. Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla, 1982.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B.

“Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública –estudio normativo, jurisprudenciales y doctrinal-”. Editorial Aranzadi. Navarra, 2000.

MAIRAL JIMÉNEZ, Manuel.

“El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público. Un estudio de los problemas derivados de la dualidad de regímenes jurídicos normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas”. CEMCI. Granada, 1990.

MANZANA LAGUARDA, Rafael.

“Derechos y deberes de los funcionarios públicos”. Tirant lo blanch. Valencia, 1996.

“Situaciones administrativas de los funcionarios públicos”, Ediciones Revista General de Derecho. Valencia, 1998.

MARÍN ALONSO, Inmaculada.

“La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los Acuerdos Mixtos”. Editorial Comares. Granada, 1999.

MARTÍN BAUTISTA, María Teresa.

“El ejercicio de autoridad: estudio de sus manifestaciones en la administración local”. Revista de Estudios Locales núm.41, 2000.

MARTIN MATEO, Ramón.

“Los cuerpos nacionales de la Administración local”. REALA, núm.285, 2001.

MARTÍN PUEBLA, Eduardo.

"*Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración Pública*". RL, tomo I-1990.

MARTÍN QUERALT, Juan.

"*La Ley de Acompañamiento o el sinvivir del Derecho*". Tribuna Fiscal. Revista tributaria y financiera., núm.74, 1996.

MARTÍN RAMÍREZ, Maria del Pilar.

"*La sucesión empresarial en la Administración Pública*". AA, núm.31, 2001.

MARTÍN REBOLLO, Luis.

"*Leyes Administrativas*". Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.

MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo.

"*Actos administrativos generales y reglamentos. Sobre la naturaleza de la convocatoria de oposiciones*". RAP, núm.40, 1963.

MARTÍN VALVERDE, Antonio et altri.

"*Derecho del Trabajo*", 5ª edición, Editorial Tecnos. Madrid, 1996.

"*Derecho del Trabajo*", 10ª edición, Editorial Tecnos. Madrid, 2001.

MARTÍNEZ ABASCAL, Antonio.

"*Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa*", AA.VV: "*Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*". Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 1990.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis.

"*El sistema normatiu de la funció pública local*". Comunicación presenta al seminario "*Quina funció pública volem pels nostres ajuntaments?*", 28-11-2003, organizado por la Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals. (pendiente de publicar).

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis y YSA FIGUERAS, Tamyko.

"*Les personificacions instrumentals locals a Catalunya: organismes autònoms, consorcis, mancomunitats i societats públiques*". EAPC-Generalitat de Catalunya. Barcelona, 2001.

MARTÍNEZ DE LA PEDRAJA ABARCA, Alfredo.

"*¿Porqué se insiste en enfrentar el Derecho Laboral con los principios constitucionales de acceso a los puestos de trabajo en la Administración Pública?*". Revista Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.301, 1997.

MARTÍNEZ DEL PISÓN APARICIO, Iñigo.

"*Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*". Editorial Civitas. Madrid, 1995.

"*El ocaso de la función pública española: la reforma del régimen jurídico funcionarial de la Ley 22/1993 de 29 de diciembre*". Editorial Civitas. Madrid, 1995.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús.

"*Las causas generales de suspensión, ¿numerus clausus?*". AA.VV: "*La suspensión del contrato de trabajo*". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1994.

MARTÍNEZ LAGO, Miguel Angel.

"*Leyes de presupuestos y leyes de acompañamiento (aspectos constitucionales de los Presupuestos generales del Estado y abuso de las formas jurídicas por el Gobierno)*". Revista Española de Derecho Financiero, núm.104, 1999.

MARTÍNEZ MARÍN, Antonio.

"*Régimen jurídico de los funcionarios*", 2ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.

MARZAL MARTÍNEZ, Odón-Francisco.

"*La suspensión de la relación laboral por causa del servicio militar y por ejercicio de cargo público o de representación*". AA.VV: "*La suspensión del contrato de trabajo*". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1994.

MAURI MAJÓS, Joan.

"*Problemas de la representación sindical y negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado*". DA, núms.241-242. Instituto Nacional de Administración Pública.

"*Vigència i aplicació del reglament de personal al servei de les entitats locals*". Autonomies, núm.21/1996.

"*La distribució de competències en matèria de funció pública*". Autonomies, núm.24/1999.

"*El personal de l'Administració Local*". AA.VV: "*Manual de Govern Local*". Federació de Municipis de Catalunya. Barcelona, 2000.

"*La selecció dels funcionaris al servei de les entitats locals de Catalunya*". Escola d'Administració Pública de Catalunya. Barcelona, 2002.

"*L'ordenació del temps de treball*". AAVV: "*Informe Pi i Sunyer sobre l'Administració de la Generalitat de Catalunya*". Fundació Carles Pi i Sunyer d'estudis autonòmics i locals. Barcelona, 2003.

MAURI MAJÓS, Joan y ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep.

"*La ejecución de sentencias que declaran la nulidad de normas sobre retribuciones del personal*

laboral". AAVV: *"La justicia administrativa. Libro homenaje a R.Entrena Cuesta"* (coord.M.J.MONTORO CHINER). Atelier. Barcelona, 2003.

MAZA MARTÍN, José M.

"Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal". AA.VV: *"Penas y medidas de seguridad en el nuevo Código Penal"*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1996.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, Ferdinand.

"Le principe d'égalité en matière de fonction publique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel". Revue française du Droit constitutionnel", núm.18, 1994.

MERCADER UGUINA, Jesús R.

"La contratación temporal en la jurisprudencia del Tribunal Supremo", Editorial Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

MIGUEL GARCÍA, Pedro.

"El concepto de autoridad en nuestro ordenamiento jurídico", en *"Estudios en homenaje al Profesor López Rodo"* (Tomo I). CSIC-Universidad de Santiago-Universidad Complutense de Madrid. Madrid, 1972.

MILIAN MASSANA, Antoni.

"Comentarios en torno de la Ley del Parlamento de Cataluña 1/1998 de 7 de enero de política lingüística". RAP, núm.157, enero-abril 2002.

MIÑAMBRES PUIG, César.

"La estabilidad de funcionarios y trabajadores. ¿una gran distancia entre ambas relaciones de empleo?". CES, Colección estudios. Madrid, 2001.

MIRÓ SOLÀ, Lluís.

"Marc jurídic autonòmic de la funció pública", en AA.VV *"Treball, treballadors i sindicalisme en l'Administració Pública a Catalunya (1936-1996)"*. (coord. Pere YSÀS) .Colecció Sociològica de Treball num.6. Columna Edicions-CONC. Barcelona, 1996.

MOLERO MARAÑÓN, M.Luisa.

"Acceso y clasificación profesional en las Administraciones Públicas". Colección Laboral núm.77. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.

"Estructura y cuantía de la retribución del trabajo", AA.VV: *"Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social"*. Editorial Aranzadi. Navarra, 2002.

MOLINA GARCÍA, Mónica.

"El contrato de trabajo en el sector público". Editorial Comares. Granada, 2000.

MOLINER TAMBORERO, Gonzalo.

"La contratación de personal laboral por las Administraciones Públicas. Puntos críticos", en AA.VV: "La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 2000.

MONIOLLE, Carole.

"Les agents non titulaires de la fonction publique de l'Etat. Entre précarité et pérennité". LGDJ. Bibliothèque de droit public. Tomo 208. Paris, 1999.

MONTORO CHINER, Maria Jesús.

"La funció pública en el federalisme alemany". Col.lecció estudis 7. EAPC. Barcelona, 1986.

"Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones". RAP, núm.136/1995.

"El marco jurídico constitucional sobre el acceso a los empleos públicos". AA.VV: "Situación actual y tendencias de la función pública española". Editorial Comares. Granada, 1998.

MONTOYA MELGAR, Alfredo.

"Derecho del Trabajo", 17ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996./20ª edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1999.

"La estabilidad en el empleo: recuperación de un principio". Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Derecho del Trabajo), núm.33, 2001.

MORELL OCAÑA, Luis.

"El principio de objetividad en la Administración Pública". Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Tomo I. Editorial Civitas. Madrid, 1993.

"La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución". REDA núm.111, 2001.

MORELL JUAN, Andrés.

"Las relaciones de puestos de trabajo: su naturaleza jurídica y problemática". RGD, núms.670-671, año 2000-LVI.

MORENO GÓMEZ, Alfonso.

"Suecia", en AA.VV: "Modelos de función pública comparada". Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1997.

MOREU CARBONELL, Elisa.

"Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas". RAP, núm.144.Septiembre-diciembre 1997.

NICOLÁS BERNAD, José Alberto.

“La duración del contrato de trabajo en el empleo público”. Editorial Comares. Granada, 2002.

NICKSCH, H.

“El puesto de trabajo, eje de la función pública. La distinción personal laboral/personal funcionario. El caso de la República Federal Alemana”. RVAP, núm.11, 1985.

NIETO GARCÍA, Alejandro.

"Introducción y evolución histórica de la función pública local". AA.VV: *"Funció Pública Local (Vol.I). Estudis i comentaris"*. FMC. Barcelona, 1991.

NOGUEIRA LÓPEZ, Alba.

"L'accés a la funció pública autonòmica del personal interí i contractat administratiu: l'absència de proves específiques (comentari a la sentència del Tribunal Constitucional 302/1993 de 21 d'octubre)". Autonomies, núm.18, 1994.

OJEDA AVILÉS, Antonio.

"Los acuerdos de estabilización del personal temporal en las Administraciones Públicas". Editorial Comares. Granada, 1998.

OLMEDO GAYA, Ana y ROJAS MARTINEZ, Pilar.

“El concepto de funcionario público. Clases de personal al servicio del sector público”, en AA.VV: *“Lecciones de función pública”*. Cemci. Granada, 2002.

“Evolución histórica de la función pública en España y modelos comparados de función pública”, en AA.VV: *“Lecciones de función pública”*. Cemci. Granada, 2002.

ORTIZ LALLANA, M.Carmen:

“Personal médico de la Seguridad Social. Cómputo de antigüedad y calificación jurídica de la relación”. RL, Tomo II-1986.

PALOMAR OLMEDA, Alberto.

“La incidencia de las nuevas reformas legislativas en la redefinición del Estatuto de los funcionarios públicos”. RAP, núm.134, 1994.

"Políticas sectoriales: el personal al servicio de los entes instrumentales, Sanidad, Seguridad Social y personal docente". DA, núm.243, 1995.

“Planes de empleo y reforma administrativa”. GAPP núm.2, enero-abril 1995.

“La ordenación jurídica de los planes de empleo: referencia al ámbito local”, en AA.VV: *“Planificació i gestió de l'ocupació als ens locals”*. CEMICAL-Diputació de Barcelona. Barcelona, 1996.

“Planificación de los recursos humanos en el ámbito público”. McGraw-Hill. Madrid, 1997.

"Derecho de la Función Pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos". 5ª.edición. Editorial

Dykinson. Madrid, 2000.

"Potestad organizatoria y directivos públicos". Actualidad Jurídica Aranzadi, núm.531, mayo de 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos.

"Validez del contrato", en "Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores" (dir.E.Borrajo), volumen III.Edersa. Madrid, 1985.

PARADA VÁZQUEZ, Ramón.

"Derecho Administrativo: organización y empleo público". 1ª edición, Madrid, 1986.

"Derecho Administrativo: organización y empleo público". 2ª edición. Marcial Pons. Madrid, 1988.

"Empleo público y globalización de la economía". DA, núm.243/1995.

"La degeneración del modelo de función pública". RAP, núm.150, 1999.

PAREJO ALFONSO, Luciano.

"La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública". DA núm. 218-219, 1989.

"Administración y Función Pública". DA núm.243, 1995.

PARICIO RALLO, Eduard.

"El Reglament del personal al servei de les entitats locals. Comentari general". AA.VV: "Funció Pública Local (Vol.I) Estudis i comentaris". FMC. Barcelona, 1991.

"La prelación de fons en matèria de funció pública local. Algunes hipòtesis per a la seva reconstrucció". Comentario a la ponencia principal "El sistema normatiu de la funció pública local", presentado en el seminario "Quina funció pública volem pels nostres ajuntaments?". Barcelona, 27 y 28 de noviembre de 2003. Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals. (pendiente de publicación).

PEDRAJAS MORENO, Abdón.

"La excedencia laboral y funcionarial", Editorial Montecorvo. Madrid, 1993.

PÉREZ ALONSO, M^a.Antonia.

"La excedencia laboral" Colección laboral, núm.14, Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.

PÉREZ AMOROS, Francesc.

"El trabajador como sujeto del derecho del trabajo español. Su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del derecho del trabajo". Revista de Política Social núm.133/1982.

"Definició i subjectes del contracte de treball". AA.VV (coord.M.R.ALARCÓN CARACUEL): "Dret del

Treball i de la Seguretat Social". Editorial Tecnos. Madrid, 2000.

PÉREZ CALVO, Alberto.

"*El marco constitucional de la autonomía foral de Navarra*" en "*Manual de Derecho Público de Navarra*". Gobierno de Navarra/Univesidad Pública de Navarra/Instituto Navarro de Administración Pública. Pamplona, 2000.

PÉREZ CALVO, Alberto y RAZQUIN LIZÁRRAGA, Martín María.

"*La función pública foral*" en "*Manual de Derecho Público de Navarra*". Gobierno de Navarra/Universidad Pública de Navarra/Instituto Navarro de Administración Pública. Pamplona, 2000.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco.

"*El personal laboral de la Administración en el anteproyecto de Estatuto de la Función Pública*". Tribuna Social, núms.104-105, 1999.

"*La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*" Colección laboral, nr.128. Tirant lo blanch. Valencia, 2002,

PÉREZ GÓMEZ, José María.

"*Introducción al régimen jurídico de los funcionarios de las administraciones públicas*". Editorial Comares. Granada, 1997.

PÉREZ LUQUE, Antonio.

"*La laboralización y funcionarización del personal de la Administración Local: la vía de la ilegalidad y el único camino posible*". EC, núm.21/1996.

"*Los instrumentos y consecuencias de la laboralización de la Administración Local y su reconversión hacia el funcionariado: otra vía de ilegalidad*". EC, núm.15-16/1997.

"*La estructura de personal de las Corporaciones Locales*". Editorial Comares. Granada, 1999.

"*La laboralización y funcionarización del personal de la Administración Local*". Cemci. Granada, 1999.

"*La selección del personal permanente de las corporaciones locales*". EC. Madrid, 2001.

"*La relación de puestos de trabajo de las Corporaciones locales*". EC. Madrid, 2003.

PÉREZ MARTÍNEZ, Valentín.

"*El personal laboral al servicio de la Administración y la laboralización de la función pública*". REALA núm.234, 1987.

PÉREZ RUIZ, Juan Alfonso.

"*Notas acerca de la funcionarización del personal sanitario adscrito al Servicio Navarro de la Salud-Osasunbidea*". RJN núm.18/1994.

PINAZO HERNANDIS, Javier.

"*La incidencia del Derecho Administrativo en el régimen jurídico del personal laboral al servicio de la Administración Local*". AA, núm.13, 1999.

PLANTEY, Alain.

"*La fonction publique. Traité Général*". 2ª edición. Litec. Paris, 2001.

P.L. (no consta nombre del autor, sólo iniciales).

"*La crise sociale de la fonction publique*". "*La revue administrative*", núm.325, 55 année, enero-febrero 2002.

PRADOS DE REYES, Francisco.

"*Las peculiaridades de la relación de trabajo en el empleo público*" (I y II). AL núms.16 y 17/1990.

PRATS CATALÀ, Joan.

"*Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas*". DA núm.210-211, 1987.

PUERTA SEGUIDO, Francisco.

"*La consolidación del empleo público precario*". Lex nova. Valladolid, 2003.

PULIDO QUECEDO, Manuel.

"*El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*". Editorial Civitas. Madrid, 1992.

RAMIÓ, Carles y SUBIRATS, Joan.

"*Los aparatos administrativos de las Comunidades Autónomas (1980-1995): entre el mimetismo y la diferenciación. Primeros apuntes de la investigación del equipo de rendimiento autonómico*". RVAP, nr.45-II, 1996.

RAMIÓ, Carles y SALVADOR, Miquel.

"*Repensando la función pública como institución. Oportunidades y amenazas para su extensión a las realidades político-administrativas latinoamericanas*". RVAP, nr.65 (I), 2003.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan M.

"*Naturaleza y fines de la suspensión del contrato de trabajo: delimitación frente a figuras afines*". AA.VV: "*La suspensión del contrato de trabajo*". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1994.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. et altri.

"*Curso de Derecho del Trabajo*" (Dir.Juan M.RAMÍREZ MARTÍNEZ), 8ª edición. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio.

“La función pública de Navarra: aspectos competenciales y evolución”. RVAP, núm.41/1995

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, Martín María.

“Un hito en la jurisprudencia constitucional sobre los derechos históricos: la STC 140/1990 de 30 de septiembre”, RJN núm.11/1991.

“El sistema estatutario del personal de las Administraciones Públicas de Navarra”. RJN, núm.27/1999.

“La función pública foral. Capítulo XIV”, en PÉREZ CALVO, Alberto y RAZQUIN LIZARRAGA, Martín M^a: *“Manual de Derecho Público de Navarra”*. INAP-Gobierno de Navarra-Universidad Pública de Navarra. Pamplona, 2000.

“El régimen especial de Navarra”, AA.VV: *“Tratado de Derecho municipal”*. Tomo II, 2ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 2003.

RIVAS VALLEJO, Maria Pilar.

“La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos”. Editorial Aranzadi. Pamplona, 1999.

RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco.

“Comentarios al Código Civil. I. Título Preliminar”, en AA.VV, obra colectiva *“Comentarios al Código Civil”*, coordinada por J.RAMS ALBIESA y R.M.MORENO FLÓREZ. Editorial Bosch. Barcelona, 2001.

RIVERO LAMAS, Juan.

“El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”. Revista Aragonesa de Administración Pública, núms.6-7/1995; Anuario Jurídico de La Rioja núm.2/1996.

RODRIGUEZ ESCANCIANO, Susana.

“El principio de estabilidad en el empleo. Avances y retrocesos tras la promulgación del Real Decreto Ley 5/2001 de 2 de marzo”. Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros, julio 2001.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel.

“Trabajo, función pública y Constitución”, en AA.VV., *“Seminario sobre relaciones colectivas en la Función Pública”*. La Rábida (Huelva), 1989.

“Trabajo privado y trabajo público”. RL, tomo I-1989.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.

“El empleo público”, en AA.VV: *“Lecciones de derecho del trabajo”*. Tecnos. Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José.

"El Estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores". Editorial Comares. Granada, 1997.

"Funcionarización y laboralización del personal al servicio de las Administraciones Públicas: dos procesos convergentes"; AA.VV, en "Situación actual y tendencias de la función pública", Editorial Comares. Granada, 1998.

"La funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: la constitucionalidad de la medida y la limitación de sujetos", en AA.VV: "Las relaciones laborales en las Administraciones públicas". Volumen I. Informe y Estudios. MTAS. Madrid, 2001.

ROJO TORRECILLA, Eduardo.

"La relación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas". Ponencia al XI Congreso Español de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Valencia, 19-20 de mayo, 2000. www.aedtss.com; publicada también en AA.VV: "Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas". Volumen I. MTAS. Madrid, 2001.

ROQUETA BUJ, Remedios.

"La negociación colectiva en la función pública". Tirant lo blanch-Universitat de València. Valencia, 1996.

"La Administración y el personal a su servicio. Notas que definen y diferencian la relación funcionarial, la estatutaria, la laboral y la contratación administrativa", en AA.VV: "La Administración Pública como empresario. Aspectos laborales y sindicales. Convenio Único para el personal laboral de las Administraciones Públicas". Cuadernos de Derecho judicial". CGPJ. Madrid, 2000.

"La negociación colectiva de los funcionarios locales, capítulo XLV". AA.VV: "Tratado de Derecho Municipal. Tomo I, sección X La función pública y los empleados locales" (dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO). Civitas. Madrid, 2003.

ROSADO ARROYAL, José Antonio.

"¿Funcionarios y laborales o empleados locales?. Posible alternancia al doble régimen: la funcionarización". EC, núm.17, septiembre 2003.

RUANO RODRÍGUEZ, Lucía.

"Constitución, Función Pública y Empleo Laboral". Aranzadi Editorial. Pamplona, 1998.

SAINZ MORENO, Fernando.

"Ejercicio privado de funciones públicas". RAP, núms..100-102, 1983.

"El Estatuto de la Función Pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988". RAP, núm.117, 1988.

"Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", en AA.VV: "La técnica legislativa a debate". Editorial Tecnos. Barcelona, 1994.

"El principio de igualdad en las reorganizaciones administrativas". REDT núm.181/1997.

"*La inspección educativa*". REDA núm.109/2001.

"*Técnica normativa*". Boletín de Administración e Lingua, núm.16-17, julio 2001-junio 2002. Escola Galega de Administración Pública (versión original en gallego).

SALA FRANCO, Tomás.

"*Incidencia de la legislación laboral en la función pública*", Instituto Nacional de Administración Pública/Ministerio para las Administraciones Públicas. Madrid, 1989.

SALA FRANCO, Tomás y CAMPS RUIZ, Luis Miguel.

"*La clasificación de puestos de trabajo y el ámbito de funciones del personal de la Generalitat Valenciana*". Dirección General de la Función Pública de la Comunidad Valenciana. Valencia, 1990.

SALA FRANCO, Tomás y RAMÍREZ MARTÍNEZ, Juan Manuel.

"*La carrera profesional del personal laboral de la Administración Pública*". DA núm.210-211, 1987.

SALMERON SALTO, Manuel Herminia.

"*Modelos comparados de empleo público*", en AA.VV: "*Situación actual y tendencias de la función pública española*". Editorial Comares. Granada, 1998.

SAMANIEGO VILLASANTE, Carlos y DÍAZ BRETONES, Francisco.

"*Selección, formación y desarrollo de carreras en la Administración Pública*". AA.VV: "*Los recursos humanos en las Administraciones Públicas*". Editorial Tecnos. Madrid, 1995.

SAN JULIÁN PUIG, Verónica.

"*El objeto del contrato*". Editorial Aranzadi. Navarra, 1996.

SÁNCHEZ AMOR, Ignacio.

"*Sobre la excepcionalidad en la selección y formación del personal informático de la Administración*". RVAP núm.33/1992.

SÁNCHEZ DÍAZ, José Luis.

"*Modificaciones en la relación laboral del personal al servicio de las Administraciones Públicas*". Revista del Poder Judicial, núm.45/1997.

SÁNCHEZ ICART, Javier.

"*Contratación laboral por la Administración: consecuencias jurídicas del incumplimiento de la normativa aplicable*". RL, núm.14/1994.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.

"*Artículo 23*"; AA.VV: "*Comentarios a las leyes políticas. Constitución Española de 1978*". Tomo II. Edersa. Madrid, 1984.

"*Derecho de la Función Pública*", 2ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

"*Marco jurídico y competencial del personal al servicio de las Administraciones Públicas*"; AA.VV: "*Situación actual y tendencias de la función pública española*". Editorial Comares. Granada, 1998.

"*Reflexions sobre les vinculacions constitucionals en matèria d'ocupació pública*", Autonomies (Revista de Dret Públic), núm.24, 1999.

"*Derecho de la Función Pública*", 3ª edición, Editorial Tecnos. Madrid, 2001.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen.

"*Los permisos retribuidos del trabajador (régimen jurídico de las interrupciones no periódicas, preavisadas y justificadas del contrato de trabajo)*". Aranzadi Editorial. Valencia, 1999.

SEMPERE NAVARRO, Antonio y QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda.

"*La contratación laboral en las Administraciones Públicas*". Cuadernos de Aranzadi Social. Thomson-Aranzadi. Navarra, 2003.

SERRANO DE TRIANA, Adolfo.

"*Carrera administrativa y función pública autonómica*". DA núm.210-211, 1987.

SERRANO GUIRADO, Enrique.

"*El régimen de oposiciones y concursos de funcionarios*". Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1956.

SERRANO PASCUAL, Antonio.

"*El personal de las entidades locales. Análisis de su régimen jurídico*". Publicaciones Abella/EC. Madrid, 1997.

SOLÁ MONELLS, Xavier.

"*La suspensión del contrato de trabajo por causas empresariales*". Tesis doctoral dirigida por el Dr. Salvador del Rey Guanter; ejemplar en la Biblioteca General de la Universitat Autònoma de Barcelona, 2000. Publicada bajo el mismo título por La Ley-Actualidad,SA. Madrid, 2002.

SOSA WAGNER, Francisco.

"*La gestión de los servicios públicos*", 2ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1995.

"*La función pública local*", en AA.VV.(cood.Manuel Pallarés Moreno y Antonio Sánchez Rodríguez) "*El Estatuto de la Función Pública ¿la reforma adecuada?*". Acta del II congreso sobre la Función Pública. Fundación Genesisian. Sevilla, 1999.

SOUVERÓN MORENILLA, José Maria y PALENCIA HERREJÓN, Fernando.

"*La nueva regulación de las Universidades. Comentarios y análisis sistemático de la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades*". Editorial Comares. Granada, 2002.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard.

“La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”. INAP-Marcial Pons. Madrid-Barcelona, 2003 (traducción de la obra original en alemán por Mariano Bacigalupo *et alri*).

TAMARIT SUMALLA, José María.

“Comentario al Libro I, Título III del Código Penal”, AA.VV: *“Comentarios al nuevo código penal”*. Aranzadi Editorial. Navarra, 1996.

TARDÍO PATO, José Antonio.

“El orden de prelación de las normas sobre función pública y laborales al personal de la Administración y servicios de las Universidades Públicas”. AA, núm.31, 1998.

TORNOS MAS, Joaquín.

“La función pública en las Comunidades Autónomas (condicionantes previos y marco normativo de la potestad legislativa autonómica)”. RVAP núm.7/1983.

“L’Administració de la Generalitat de Catalunya: règim jurídic, funció pública i patrimoni”. AA.VV: *“Manual de Dret Públic de Catalunya”*. Marcial Pons, 3ª edición. Barcelona, 2002.

TORTUERO PLAZA, José Luis.

“Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica”. AA.VV: *“La suspensión del contrato de trabajo”*. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. Madrid, 1994.

TORRE SERRANO, Andres.

“El personal al servicio del Instituto Nacional de Estadística”. Actualidad Administrativa, núm.4/1993.

TRAYTER JIMÉNEZ, Joan Manuel.

“La conflictivitat competencial. Les bases del règim estatutari dels funcionaris publicis.” Col·lecció Estudis núm.17. Institut d’Estudis Autònoms. Barcelona, 1993.

ULE, Carl H.

“La reforma administrativa en Alemania”. Escuela Nacional de Administración Pública. Madrid, 1967.

VALERO TORRIJOS, Julian.

“Las peculiaridades básicas del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración Institucional. Opción de la LOFAGE”, en AA.VV *“El Estatuto de la Función Pública ¿la reforma adecuada?”*. (cood.Manuel Pallarés Moreno y Antonio Sánchez Rodríguez). Genesian. Sevilla, 1999.

VAQUER CABALLERÍA, Martín.

“Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios”.

Marcial Pons. Madrid, 1999.

VARONA ARCINIEGA, J.a.

"El procedimiento selectivo en la Administración local", AA.VV: *"Situación actual y tendencias de la función pública española"*. Editorial Comares. Granada, 1998.

VASCONCELOS ALBUQUERQUE SOUSA, Nuno J.

"La función pública como relación especial de derecho administrativo". Almeida & leitão, Ida. O Porto, 2000.

VENIZELOS, Evangelos.

"La Constitution hellénique révisée de 2001 et l'actualité du phénomène constitutionnel". Revue française de Droit Constitutionnel, núm.51, 2002.

VIDA SORIA, José.

"Suspensión del contrato de trabajo", en AA.VV *Comentarios a la leyes laborales*, Tomo IX, volumen 1º. (dir.Efrén Borrajo Dacruz), Edersa, Madrid, 1983.

VILARROIG MOYA, Ramón.

"Naturaleza, contenido y límites de la ley de presupuestos (reflexiones al hilo de la STC 32/2000 de 3 de febrero)". Revista General de Derecho, núms..678-679, 2001.

VILLAGRASA ROZAS, María del Mar.

"Los servicios postales en un entorno liberalizado: el caso de España". REDA, núm.118, 2003.

VILLORIA MENDIETA, Manuel.

"Gestión y planificación estratégica de recursos humanos en la Administración Pública". RVAP, núm.46, 1996.

VIVANCOS COMES, Mariano.

"El derecho fundamental al acceso a la función pública en condiciones de igualdad (a propósito de la sentencia constitucional 11/1996 de 29 de enero)". RGD, año LIII, núm.631/1997.

VIVER PI-SUNYER, Carles.

"Disposiciones Transitorias", en AA.VV: *"La calidad de las leyes"* (coords. Fernando Sáinz Moreno y Juan Carlos da Silva Ochoa). Colección Informes y Documentos. Eusko Legebiltzarra-Parlamento Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1989.