

## **LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ALGUNAS REFLEXIONES TRAS EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.**

Xavier BOLTAINA BOSCH

Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona;  
Profesor honorario de la Universidad *Rovira i Virgili* de Tarragona.  
Gerente de la Diputación Provincial de Barcelona.

### SUMARIO:

#### I. - PASO PREVIO: LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LOS PUESTOS ADSCRITOS A PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL.

1.- FUNCIONES ATRIBUIDAS A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES.

#### II.- LA ARTICULACIÓN DE LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL.

1.- CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO JURÍDICO DE LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL CON ANTERIORIDAD AL EBEP. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROCESO.

2.- EL PROCESO ESPECÍFICO DE FUNCIONARIZACIÓN TRAS EL EBEP: LA ADAPTACIÓN DEL VÍNCULO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES A UNA NUEVA ADSCRIPCIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO COMO FUNCIONARIO; LA DT2ª DEL EBEP.

#### III.- UNA REFLEXIÓN FINAL CRÍTICA Y EN POSITIVO.

#### IV.- BIBLIOGRAFÍA.

### **I.-PASO PREVIO: LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE LOS PUESTOS ADSCRITOS A PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL**

#### 1.- FUNCIONES ATRIBUIDAS A LOS EMPLEADOS PÚBLICOS: FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

El Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo, EBEP) no ha podido mostrarse ajeno a uno de los aspectos más relevantes y reiteradamente debatidos a lo largo de las dos últimas décadas, cual es el ámbito de funciones que corresponden al personal funcionario, el margen de actuación del personal laboral y el papel muy específico que se ha atribuido al personal eventual –que dejaremos *extra muros* del presente trabajo-. Además, la previsión en el nuevo Estatuto del 2007 de unos directivos públicos que desarrollarán funciones directivas profesionales definidas como tales en las

normas específicas que apruebe cada Administración, obliga con mayor justificación a un análisis conjunto de todo el colectivo de empleados públicos, si bien por circunstancias forzosamente de extensión, deberemos centrarnos en los aspectos más significativos, por un lado, y dejaremos a un lado las funciones directivas.

### *1.1.- Las funciones de los empleados públicos*

Escasa contribución al debate aporta la definición de empleado público prevista en el art.8.1 del EBEP. La necesidad de englobar bajo este concepto a diversos colectivos no homogéneos, ha obligado al legislador a una definición poco precisa que se sustenta en los pocos elementos comunes a funcionarios –de carrera e interinos-, laborales y eventuales. Sin embargo, el art.8.1 aporta dos elementos importantes –aunque también indeterminados- al señalar que los empleados públicos desempeñan “*funciones*” – lógicamente retribuidas-, en el seno de las Administraciones Públicas, “*al servicio de los intereses generales*”. Ni se describen las funciones ni tampoco se concreta aquella expresión última, si bien concuerda con el fin último de la Administración en España, que de conformidad con el art.103.1 de la CE, sirve con objetividad los intereses generales y actúa, entre otros, de acuerdo con el principio de eficacia.

Obliga todo ello referirnos a las funciones específicas de cada colectivo, aunque el análisis adecuado debe ser conjunto, con la excepción del personal eventual, que puede estructurarse de manera relativamente independiente.

### *1.2.- Funciones del personal funcionario versus funciones del personal laboral*

Es evidente que hasta la aprobación del EBEP, referirnos a que el esquema legal existente (Ley de medidas para reforma de la función pública de 1984, con las sucesivas reformas posteriores –especialmente la de 1988-, Ley de Bases de Régimen Local de 1985, Texto refundido de disposiciones en materia de régimen local de 1986 y leyes de función pública autonómicas, entre otras) se ha cumplido, en cuanto a qué funciones deben ejercer los funcionarios y trabajadores de nuestras Administraciones Públicas es una afirmación a todas luces impropia. La laboralización –cuando no también la privatización- se ha desarrollado en España de manera ostensible desde 1984, especialmente, y a pesar de los numerosos procesos de funcionarización que desde 1988 también han sido.

Por ello, el Informe de la Comisión de Expertos que planteó un nuevo Estatuto, de abril de 2005 indica que la dualidad de regímenes jurídicos en el empleo público se ha conformado de tal manera que “*es ya consustancial a nuestro paisaje administrativo, a nuestro modelo de empleo*”, evidenciando que a pesar de las previsiones legales, no son pocos los supuestos en que funcionarios y trabajadores realizan idénticas funciones, no sólo entre Administraciones distintas sino en cada una de ellas, fruto en ocasiones de una política de recursos humanos preconcebida en este sentido, pero también en otras resultante del caos organizativo –o simplemente de ausencia de tal organización- en este ámbito, dando como resultado –en especial en la esfera local pero también en otras, como la de los servicios administrativos de las Universidades-, un *totum revolutum* de difícil gestión. Ante ello, la propuesta del Informe de la Comisión fue que se elaborara un

Estatuto Básico, desaconsejándose una funcionarización masiva –pues ello posiblemente daría pie a incrementar *vías de escape* del régimen funcional- pero también rechazando una laboralización generalizada, por ser contraria a la CE.

Efectuada esta consideración, coincidimos con el referido Informe de la Comisión que al nuevo EBEP le correspondía plantear el problema –y resolver- la diferenciación de qué puestos debían ser forzosamente desempeñados por empleados públicos “*profesionales*” frente a aquellos otros que, formando tal categoría de empleados públicos, no tienen la connotación de profesionales –esto es, el personal eventual-, pues parece racional que deba existir un colectivo que ejerza funciones de confianza política o asesoramiento especial. Pero aún con mayor necesidad, era preciso concretar cuáles eran las funciones que, insertas en la categoría de empleados profesionales, deben ser atribuidas también con carácter forzoso a los funcionarios y cuáles pueden ser desempeñadas por personal laboral. A ellos nos dedicaremos en los siguientes subapartados de este documento.

#### 1.2.a) El planteamiento del Informe de la Comisión de Expertos de abril de 2005

El informe de la Comisión de Expertos efectuó dos declaraciones previas que compartimos relativamente. En primer término, que el debate funcionarios/trabajadores debe perder “*el carácter en exceso polémico que ha tenido hasta ahora*”; nos parece una posición coherente, pero la falta de profesionalización en la gestión de recursos humanos de la inmensa mayoría de muchas de nuestras Administraciones Públicas –muy especialmente en las entidades locales y no necesariamente las más pequeñas- permite augurar un escaso éxito a ese *desideratum*, de tal manera que mucho nos tememos que pese a tal voluntad y a las previsiones del EBEP, la incorporación de personal laboral en el futuro continuará produciéndose como hasta el momento presente por razones ajenas en gran medida a razones derivadas de un meditada política de recursos humanos. En concreto, el porcentaje entre 60 y 80 por ciento de laboralización en el empleo público local por ejemplo, según cual sea el Informe o estadística manejada (en el primer caso, datos del MAP al 2010; en el segundo, informe del Consejo Económico y Social de 22 de diciembre de 2004), acreditan lo expuesto.

En segundo lugar, el Informe partió de la premisa de que frente a la doctrina de la STC 99/1987 de 11 de junio que optó porque con carácter general los puestos de trabajo debían ser cubiertos por personal funcionario y como excepción, por personal laboral en aquellos puestos que así lo fijara una ley específica, tal jurisprudencia se “*ha relajado o relativizado*” en cuanto “*a la preferencia constitucional por el régimen estatutario*” tras la STC 37/2002, conclusión que no compartimos plenamente, por cuanto la mencionada sentencia resolvía la constitucionalidad del art.92.2 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y en modo alguno creemos que flexibilice el que ha sido el criterio permanente del Alto Tribunal, cual es que la Constitución ha hecho una opción genérica a favor del personal funcionario como fórmula habitual y ordinaria de empleo público<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Así, la STS de 19 de octubre de 2005 reitera, haciéndose eco de ambos pronunciamientos del TC de 1987 y 2002, de que con carácter general los servidores públicos en España ostentarán la condición de funcionarios.

A partir de allí, el Informe formula un conjunto de propuestas que han influido en el EBEP, y que creemos necesario apuntar.

En primer término, el Informe defiende que el EBEP no debería fijar qué puestos corresponden estar reservados a personal funcionario y cuáles pueden ser de posible ejercicio por personal laboral. Parte así la Comisión de un criterio de subsidiariedad del Estatuto Básico. Se defiende que sea la ley de función pública estatal y la de las Comunidades Autónomas, más las que regulen el régimen local, las que perfilen en cada caso qué puestos corresponden a uno y otro. Y efectivamente así ha sido recogido por el legislador autonómico en las escasas leyes de desarrollo que a 2012 existen, entre las más recientes las de Castilla-La Mancha y Comunidad Valenciana.

Sin embargo, en segundo término, plantea que el EBEP debe estipular un contenido forzosamente mínimo reservado al personal funcionario, y en este sentido postula que sea así en el caso del “*ejercicio directo de las potestades administrativas*”, tradicionalmente denominadas *funciones de autoridad*. A partir de ello, el Informe interrelaciona esta propuesta con la normativa comunitaria europea, acogiendo el principio de reserva a nacionales de determinados puestos, para –desde esta premisa– definir cual es el núcleo esencial de la función pública; así, considera que tal núcleo –que debería ser atribuido a funcionarios– es el de aquellos puestos que implican “*una participación directa o indirecta en el ejercicio de la potestad pública y en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y demás entidades públicas*”. Y nuevamente así ha actuado el legislador al redactar el EBEP.

Por todo ello, el Informe de 2005 postuló que tal previsión comunitaria europea podía insertarse en el derecho español no sólo a los efectos de libre circulación de trabajadores en el ámbito público –lo cual ya acontece desde la Ley 17/1993– sino también como definición en calidad de norma mínima de lo que es el núcleo esencial de la función pública, incorporada al EBEP. A partir de esta consideración, se planteó que fueran las leyes generales o sectoriales del Estado y de las Comunidades Autónomas y las leyes que regulen la Administración local las que procedieran a delimitar de forma más precisa “*la frontera entre funcionarios y laborales*”.

#### 1.2.b) Funciones atribuidas a personal funcionario *versus* funciones de posible atribución a personal laboral según la LEBEP

El planteamiento de la Comisión fue recogido en gran medida por el proyecto de EBEP, si bien con alguna modificación incorporada en el trámite parlamentario que no altera al contenido esencial del proyecto, tal como ya hemos señalado.

Así, de acuerdo con el art.9.2, con carácter de norma básica, corresponde al personal funcionario, en exclusiva, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. No obstante, a esta primera redacción se incorporó en el trámite parlamentario un párrafo

final *in fine*: tal reserva en exclusiva se efectuará “*en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración pública se establezca*”.

A esta previsión debe añadirse la que efectúa –con escasa sistemática<sup>2</sup>– la DA 2ª.1 del EBEP, según la cual en las entidades locales, son funciones públicas, reservadas en exclusiva a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad –a través de funcionarios propios– y aquellas que tradicionalmente son atribuidas a los funcionarios con habilitación de carácter estatal, manteniéndose así la redacción del art.92 de la LBRL –precepto derogado por el EBEP–, aunque suprimiéndose la dición final *in fine* del artículo de esta Ley, que también incluía la reserva funcional a los puestos que por su propia naturaleza debían adscribirse a tal tipo de personal en garantía de una mayor objetividad, imparcialidad e independencia<sup>3</sup>.

Con esta previsión, parece claro que la resultante es, que por un lado, hay un núcleo de reserva forzosa a favor del personal funcionario, si bien tal descripción –aparentemente rotunda– puede ser moldeada porque cada ley de función pública que se apruebe podrá concretar y desarrollar tal reserva. En consecuencia, se abre al desarrollo legislativo la interpretación y diseño del alcance de la descripción inicial del art.9.2 del EBEP.

Por otro lado, el art.11.2 no efectúa ninguna descripción específica de qué puestos podrán ser desarrollados por personal laboral<sup>4</sup>. Al contrario, la remisión es clara y rotunda a favor de las leyes de función pública que en el futuro se aprueben, en donde se fijarán los criterios para la determinación de qué puestos “*pueden ser desempeñados por personal laboral*”, con los límites del antes mencionado art.9.2. Por tanto, el desarrollo legislativo deberá respetar el núcleo esencial de este último precepto, pero a partir de allí cada norma legal tendrá el margen de maniobra que considere adecuado. Y en este sentido ya existen cuatro ejemplos legislativos, el de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las Islas Baleares y, más recientemente ya en el tiempo, el de la Comunidad de Castilla-La Mancha y la Generalitat Valenciana en donde el margen de actuación del contrato de trabajo es más o menos amplio en función de esa voluntad de legislador.

---

<sup>2</sup> La sistemática nos parece ausente porque en realidad la DA 2ª se titula “*funcionarios con habilitación de carácter estatal*”, en tanto que su primer apartado, punto 1, incorpora las funciones que impliquen ejercicio de autoridad, que conjuntamente con el apartado 1.2, vienen referidas a los funcionarios propios y no a los habilitados.

<sup>3</sup> Supresión que nos parece inadecuada, porque interpretada como lo había hecho la jurisprudencia, reforzaba la atribución a personal funcionario de muchos puestos de las Corporaciones locales. En concreto, la STS de 19 de octubre de 2005 razonó que corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes las referidas notas de objetividad, imparcialidad e independencia.

<sup>4</sup> A diferencia de lo que sí planteó en su momento el decaído proyecto de ley de Estatuto básico de la función pública de 1999, y como también lo han pretendido algunas enmiendas, rechazadas en el trámite parlamentario, del vigente EBEP. *Vid.*, en este sentido, la enmienda num.342 del grupo parlamentario popular en el Congreso (BOCG 24-11-2006) y núm.61 del mismo grupo parlamentario en el Senado (BOCG, Senado, 21-2-2007), cuyo objetivo era asegurar y complementar el principio general establecido en el art.9.2 del EBEP plasmando “*la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional al concretar las actividades que pueden ser desempeñadas por el personal laboral*”.

La entrada en vigor del EBEP permite pues mantener plenamente vigente la LMRFP y las leyes autonómicas que han previsto un régimen general de reserva de puestos a personal funcionario y la posible adscripción a personal laboral de un listado de puestos específico. Se mantiene así en vigor –pues no se ha derogado expresamente– el art.15.1 de la LMRFP, para el ámbito estatal y las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social (que no tenía ni tiene carácter básico)- y naturalmente también las leyes autonómicas que han seguido, prácticamente todas, el sistema de listado de la ley estatal, con mayor o menor amplitud. Vigencia que se perderá, naturalmente, cuando se promulguen las leyes autonómicas correspondientes o, por supuesto, la ley estatal de desarrollo del EBEP para el marco de la Administración General del estado.

A partir de aquí, insistimos, es evidente que se configura un panorama en el empleo público transitorio y otro de evolución futura. Tras la entrada en vigor del EBEP entendemos que, permaneciendo vigentes las leyes que regulan los puestos de atribución funcional y laboral, el régimen se mantiene en gran medida idéntico. Para el Estado y la Seguridad Social se mantendrá el ámbito del art.15.1.c de la LMRFP y en las Comunidades Autónomas, regirán las leyes autonómicas y las que se hayan aprobado para el régimen local. Además, en esta última esfera, la disposición derogatoria única del EBEP afecta al Capítulo III del Título VII, pero no así el Capítulo IV, y allí se califican como normas básicas los arts.167 y 169, por lo que con carácter general, también las entidades locales mantienen un régimen claramente funcional<sup>5</sup>.

#### 1.2.c) Las funciones del personal funcional ex.art.9.2 del EBEP

Tal como hemos señalado, la descripción de funciones del art.9.2 del EBEP trae su origen en el derecho comunitario europeo. Nos remitimos a lo que hemos ya comentado anteriormente. Debemos pues, aquí, plantear cual es el contorno interpretativo del alcance de este precepto e intentar fijar si tal interpretación debe ceñirse también a la que ha efectuado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Al respecto, es importante llamar la atención sobre lo que, a nuestro juicio, supone una confusión, que está dando pie a algunos equívocos. La inserción de la noción de empleo público a los efectos de la libre circulación de trabajadores en la Unión Europea como fórmula para definir el núcleo esencial de la función pública de carrera, atribuyéndola a funcionarios –opción acogida por el EBEP– supone que se materialice en un casi absoluto mimetismo con el precepto regulador del acceso al empleo público español de nacionales de otros países, de tal manera que la redacción de aquél (art.57 del EBEP) afirma que *“los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcional (...) a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del*

---

<sup>5</sup> Así, el art.169 del Real Decreto Legislativo 781/1986 de 18 de abril señala que los puestos de trabajo predominantemente burocráticos de las Corporaciones locales habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de administración general, según el redactado dado por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre que atribuyó además a este precepto el carácter de norma básica. El precepto no ha sido derogado, si bien algunos autores se plantean si el precepto es básico o no. A nuestro juicio, cede su fuerza vinculante en el momento en que una Comunidad Autónoma ejerza sus competencias derivadas del EBEP.

*poder público o en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de las Administraciones Públicas*”. La única leve distinción existente entre el art.9.2 y el art.57.1 es que en un supuesto se refiere a la participación directa o indirecta en el ejercicio de *potestades públicas* (art.9.2) y en otro del *poder público* (art.57.1).

Nos obliga a ello a considerar cuál es la interpretación que ha efectuado la jurisprudencia comunitaria sobre tal literal descripción acogida por el art.57.1 y miméticamente asumido por el art.9.2, para plantear si aquella ha de ser la misma en un supuesto u otro. Avanzamos aquí nuestro criterio, que a continuación desarrollaremos: la que debe darse al art.57.1 tiene que ser acorde con el derecho comunitario, y por tanto de carácter restrictivo, en tanto que la interpretación del art.9.2 debe hacerse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional.

El redactado del art.57.1 –y de su antecedente, en la Ley 17/1993 de 23 de diciembre- tiene su razón de ser en el derecho comunitario y en la decidida apuesta por la libre circulación de trabajadores, también en el empleo público. El Tratado por el que se instituyó la CEE en 1957 exceptuó, en su art.48.4, de la libre circulación de trabajadores en el interior de la entonces Comunidad a los “*empleos en la Administración Pública*”. A partir de aquí, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado de manera restrictiva la excepción relativa a los empleos en la Administración, de tal manera que ese núcleo esencial del empleo público, desde la óptica comunitaria, lo es en tanto en cuanto a la posibilidad de acceso de ciudadanos de otros países de la Unión.

Así, en sus inicios, ya fijó que la excepción sólo afectaba a los empleos que supusieran la ya referida participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y en funciones de protección de los intereses del Estado u otras colectividades públicas, y que ello comportara también por parte de tales empleados, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado<sup>6</sup>.

Desde la óptica del Tribunal, quedan fuera de la interpretación un ingente número de funciones que aunque desempeñadas por el poder público no implican ejercicio de autoridad ni tampoco actuación de ningún tipo en beneficio del interés general o público; en ese mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea, a quien el Tratado de la CEE confió la tarea de garantizar la aplicación correcta de las reglas comunitarias.

Esta misma Comisión emprendió en los años 80 del pasado siglo XX la tarea de enumerar, por un lado, aquellas actividades excluidas de la libre circulación y por otro, aquellas que no lo están<sup>7</sup>. Según el criterio impulsado por el órgano comunitario, este tipo de puestos es muy reducido. Sentencia a sentencia, o a través de las comunicaciones de la Comisión, se ha ido delimitando el alcance de la restricción, y así se incluyen en este núcleo esencial las Fuerzas Armadas, la policía y otras fuerzas del orden, el poder judicial, la administración fiscal y la diplomacia, así como también los empleos del ámbito de los

<sup>6</sup> STJCE de 17 de diciembre de 1980 (Comisión vs.Reino de Bélgica, núm.149/1979).

<sup>7</sup> Nos referimos, en especial, a la relevante Comunicación de la Comisión de 18 de marzo de 1988.

ministerios del Estado, Gobiernos regionales, colectividades territoriales u otros organismos asimilados siempre que ejerzan actividades ordenadas en torno a un poder jurídico público del Estado o de una persona moral de derecho público, como es la elaboración de actas jurídicas, ejecución de estas actas, el control de su aplicación y la tutela de los organismos independientes; sin embargo no todos los puestos lo serán, por cuanto no todos ellos comportan ejercicio de autoridad pública o la responsabilidad de atender los intereses generales de la Administración.

En conclusión, la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia de la UE deduce que todos aquellos puestos que impliquen funciones de ejecución de labores instrumentales, de apoyo, asesoramiento, tareas administrativas, asesoramiento técnico, entre otras, deben permanecer abiertos a los ciudadanos comunitarios. Igualmente, en cuanto a sectores concretos, se considera que no hay motivos para la exclusión –por aparecer claramente alejados de las actividades específicas de la Administración Pública en el sentido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión, salvo casos muy excepcionales<sup>8</sup>- los puestos de organismos que gestionan servicios comerciales, servicios operativos de sanidad pública, enseñanza en establecimientos públicos y la investigación con fines civiles. Todo ello comporta que para cada supuesto será preciso “*investigar si son o no característicos de actividades específicas de la Administración*” en el sentido remarcado por la jurisprudencia comunitaria, lo que conlleva que el criterio de aplicabilidad del art.48.4 del Tratado de la CEE es funcional, al tener en cuenta la naturaleza de las tareas y responsabilidades del empleo específico<sup>9</sup>. En resumen, si esta interpretación del Tribunal de Justicia, elaborada para resolver una cuestión concreta y específica, se extiende al art.9.2, podría afirmarse que ciertamente el EBEP abre la puerta a la laboralización masiva de nuestras Administraciones públicas, por cuanto ese núcleo esencial será muy reducido y supone que la mayoría de los empleos en los sectores de investigación, sanidad, transporte, correos o enseñanza<sup>10</sup>, entre otros muchos, quedarían ajenos a la funcionarización.

Sin embargo, a nuestro juicio, la interpretación que debe hacerse del art.9.2 no es la misma que la que debe discurrir en torno al art.57. Al contrario, aunque la dicción literal sea idéntica, la finalidad y alcance de uno y otro precepto son distintos.

Aquél último (art.57) debe interpretarse forzosamente de conformidad con el derecho comunitario, mientras que el primero de los preceptos (art.9.2) debe hacerse de acuerdo con nuestra Constitución. En este sentido, creemos plenamente vigente la posición del Tribunal Constitucional, emanada de la STC 99/1987, y en este sentido, que la Constitución ha efectuado una opción, con carácter general, a favor del régimen

---

<sup>8</sup> En cuyo caso, la Comisión reserva a los Estados la posibilidades de demostrar que, para un trabajo preciso, existe una relación con actividades específicas de la Administración pública, lo que justifica, por excepción la aplicación de la derogación.

<sup>9</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 2 de julio de 1996 (Comisión Europea *vs.* Gran Ducado de Luxemburgo, C.473/1993).

<sup>10</sup> Así, el requisito de excepción no se puede aplicar a los enseñantes en prácticas (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum 66/1985) o de los profesores de enseñanza secundaria (Sentencia del Tribunal de 27 de noviembre de 1991 Allué y Coonan 33/1988) o primaria (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 1999, demanda contra la República Francesa).



estatutario de los servidores públicos, debiendo ser la Ley, de conformidad con el art.103.3 de la Carta Magna, la que establezca en qué casos y con qué condiciones son posibles otras fórmulas jurídicas de empleo público (FJ 3º.c STC 99/1987). La doctrina constitucional española se orienta, por consiguiente, a que el régimen general debe ser el funcional y entendemos que se confirma en la STC 37/2002 pues aun cuando salva la constitucionalidad del ya derogado art.92.2 de la LBRL, no impide considerar que precisamente este precepto debía interpretarse en el sentido de que sólo puede quedar reservado al personal laboral dentro de la Administración –en este caso, la local- el ejercicio de aquellas funciones no decisorias o que no impliquen una especial responsabilidad<sup>11</sup>.

Ello nos permite plantear las dos siguientes consideraciones como conclusión:

a) en primer lugar, que el art.9.2 del EBEP debe interpretarse de conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional español, y no con los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea;

b) y en segundo término, que las leyes de desarrollo tanto estatales como autonómicas (art.9.2 *in fine* y art.11.2 del EBEP), cuando instituyan los criterios para la determinación de los puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral, aunque pueden asumir un margen ciertamente amplio, no deben sobrepasar los límites que la referida jurisprudencia constitucional ha fijado y que la Exposición de Motivos del EBEP establece también con claridad: “*principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es el funcional*”, que supone que “*por imperativo constitucional no puede ser éste [el laboral] el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público...*”. En este sentido, por ejemplo, por aplicación de la Ley 55/2003 de 16 de diciembre, el personal de los servicios públicos de salud será estatutario (relación funcional especial) y el personal de los servicios públicos de enseñanza ostenta mayoritariamente la condición de funcionario porque así lo ha previsto la legislación específica española<sup>12</sup>, lo que no impide en un caso y otro que sea posible el acceso a ciudadanos comunitarios, en base al principio que hemos

---

<sup>11</sup> FJ 6º, en relación con el antecedente 4º de la STC 37/2002. También entendemos que en este sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo. Así, la STS de 29 de noviembre de 1994 afirma la existencia de un principio general en la elaboración de las Relaciones de Puestos de Trabajo en virtud del cual el personal de las Administraciones Públicas debe tener la condición de funcionario, salvo puestos muy concretos. Incluso se ha afirmado, aun al tratar el concepto de ejercicio de autoridad, que éste debe interpretarse en un sentido amplio para quedar reservado a funcionarios, de tal manera que los puestos de jefe de negociado, sección y en general de mando o dirección suponen tal ejercicio de autoridad (SSTSJ Andalucía/Granada de 7 de octubre de 1996 y 5 de mayo de 1997) y, con mayor extensión, que “*de la jurisprudencia expuesta se deduce que todos aquellos puestos de jefatura que se establezcan en una relación de puestos de trabajo de una Administración no pueden desempeñarse por personal laboral que preste servicios en la misma...*” (SSTSJ Andalucía/Granada de 21 de julio de 1997, en dos pronunciamientos de igual fecha; también STSJ Andalucía/Granada de 9 de marzo de 1998). La Abogacía del Estado, en el recurso sustanciado que dio como resultado la STC 37/2002, también argumentó que restarían excluidos los puestos con funciones decisorias y los que impliquen una especial responsabilidad.

<sup>12</sup> La opción por el régimen funcional es clara en la enseñanza pública española a nivel no universitario, como lo acredita la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (DA 6ª y siguientes).

planteado de interpretación diferente –aunque sobre una redacción literal casi idéntica- de los arts.9.2 y 57 del EBEP.

## **II.- LA ARTICULACIÓN DE LOS PROCESOS DE FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL LABORAL**

### **1.- CONCEPTUALIZACIÓN Y MARCO JURÍDICO DE LA FUNCIONARIZACIÓN DEL PERSONAL CON ANTERIORIDAD AL EBEP. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL PROCESO**

Debemos partir en todo momento que cuando en esta ponencia nos referimos a la “*funcionarización*” lo hacemos con independencia de algunos conceptos objetivos –la funcionarización entendida como el incremento del número de efectivos funcionariales al total de la plantilla de cada Administración o el traspaso de instituciones jurídicas propias de los funcionarios al régimen laboral- y nos centramos en lo que nosotros hemos venido a denominar “*funcionarización subjetiva*”: la funcionarización como proceso selectivo restringido, dirigido al personal laboral fijo que ocupa un puesto de trabajo que sido reclasificado por la ley como de funcionario –clasificación *ex lege* estatal o autonómica- y que como tal proceso tiene por finalidad adaptar el vínculo jurídico laboral de ese trabajador a la nueva situación, que pasará a ostentar –voluntariamente- el carácter de funcionario. La funcionarización tiene su origen, por tanto, en la doctrina del Tribunal Constitucional emanada de la STC 99/1987 de 11 de junio, aspecto el cual no puede ser olvidado en ningún momento: es una solución excepcional y extraordinaria para la que unos trabajadores fijos de la Administración que se han incorporada a ella cumpliendo todos los requisitos y procedimientos legales y que ocupan un puesto adscrito *ex lege* a funcionario, puedan incorporarse a esa nueva condición jurídica.

La funcionarización, como institución jurídica, implica un respeto a la estabilidad en el trabajo del personal laboral, porque la única otra opción sería el despido de estos trabajadores fijos, con una indemnización, alternativa que el propio Tribunal Supremo considera radical y poco adecuada, así como costosa en términos económicos e ineficaz para mantener la seguridad de los servicios públicos. Por ello, según nuestro parecer, tres son los ejes en las que se fundamenta el proceso de funcionarización:

- a).- el cumplimiento del mandato constitucional que concretó en su día el Tribunal Constitucional.
- b).- el respeto a los derechos de los trabajadores (personal laboral).
- c).- la garantía de continuidad de los servicios públicos que prestan aquellos trabajadores afectados.

Planteado de esta manera, es evidente que al amparo de las normas anteriores al EBEP y más concretamente en los arts.15.1.c de la Ley de Medidas de reforma de función pública y su disposición transitoria 15 –vigente todavía tras la aprobación del EBEP- y sus correlativos preceptos en las leyes de empleo público, la funcionarización se ha articulado siempre –o casi siempre, pues pueden localizarse algunas primeras normas que no optaban por el carácter restringido, como es el caso de Galicia, corregidas rápidamente con posterioridad- que el proceso selectivo es de máximo carácter

restringido: sólo puede optar al proceso el trabajador o los trabajadores afectados por una plaza que ocupase readscrita a régimen funcionarial y nadie más.

Siguiendo con ello, podemos afirmar también que para que el proceso tenga soporte claro, debe existir una norma legal que lo prevea, porque el carácter restringido puede ser inconstitucional si no hay tal cobertura legal: de ahí que sea muy importante que en las bases de las convocatorias se indiquen cuales son las normas legales y reglamentarias que fundamentan la funcionarización, antes del EBEP y después del mismo también. Y finalmente, el proceso debe conceptualizarse como excepcional, único e irrepetible.

Ante esta perspectiva, la funcionarización, ¿es un proceso que tiene encaje constitucional?

Este ha sido el mayor debate desde que estos procesos se pusieron en marcha en el año 1988. Nosotros entendemos que la respuesta es afirmativa, y así lo ha entendido el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, siempre que se cumplan escrupulosamente todo un conjunto de requisitos, no siempre respetados en las bases y convocatorias, y que nosotros brevemente agrupamos en seis apartados:

a) que en los procesos selectivos para funcionarizar se cumplan, de manera efectiva, los principios de mérito y capacidad, lo cual impide la funcionarización por integración directa, sin proceso selectivo, como es el caso regulado por la legislación de Navarra.

b) que las pruebas restringidas sean un medio excepcional y adecuado para resolver una situación también excepcional y que en este caso es la adaptación del vínculo jurídico de un trabajador, que accedió en buena lid a la condición de personal laboral tras una convocatoria pública, a un puesto adscrito a personal laboral también y que luego, por imperativo legal o por una práctica incorrecta de la Administración convocante, corresponde a ser ocupado por un funcionario.

c) Que este medio, excepcional como tal, únicamente puede tener carácter temporalmente transitorio, lo cual impide su repetición continua en el tiempo, o mejor dicho, la reiteración del proceso sobre las mismas plazas afectadas.

d) La situación de excepcionalidad referida ha de estar expresamente prevista por una norma de rango de ley.

e) El objeto de la convocatoria restringida no puede ser otra que conseguir la finalidad constitucionalmente considerada legítima: adaptar el vínculo laboral al régimen jurídico funcionarial y no ser empleada para promociones profesionales u otras finalidades. Consideración muy importante por lo que luego se señalará en la redacción de la actual DT 2ª del EBEP.

f) Que en ningún caso las pruebas restringidas supongan, en la práctica, un proceso selectivo *ad personam*, es decir, que las pruebas teóricas y prácticas, y los méritos, sean *ad hoc*, configurados según el perfil del candidato específico.

*1.1.- Normativa específica reguladora de la funcionarización, formalmente vigente tras el EBEP en todo aquello que no se oponga al mismo*

Aunque el EBEP exclusivamente se refiere a la funcionarización en su DT 2ª, y nunca empleado estos términos y además canalizando el proceso a través de un proceso de “*promoción*”, tampoco ha derogado la normativa anterior reguladora del proceso selectivo, que se mantiene a nuestro juicio en vigor, según el ámbito referido específicamente en cada caso –Estado, Comunidad Autónoma, etc....- sin perjuicio de lo que señalares en concreto para la esfera autonómica, local y universitaria.

Tras la declaración de la inconstitucionalidad del originario art.15.1 de la Ley 30/1984 de medidas para la reforma de la función pública, a través de la STC 99/1987, el Parlamento español aprobó la Ley 23/1988 de 28 de julio, que incorporó una nueva disposición transitoria, la 15ª, reformada en 1996, con el siguiente contenido formalmente vigente, cuanto menos para la Administración General del Estado y los servicios comunes de la Seguridad Social:

- la adscripción de un puesto de trabajo en las relaciones de puestos de trabajo a personal funcionario no supondrá el cese del trabajador que lo ocupe que podrá continuar en este puesto, con garantía de sus expectativas de promoción profesional.

- El personal laboral fijo que a la entrada en vigor de la ley 23/1988 –esto es, el 30 de julio de 1988- preste servicios en puestos de trabajo reservados a funcionarios –o que los preste después de aquella fecha, pero a consecuencia de una convocatoria realizada con anterioridad- podrá participar en las pruebas selectivas de acceso a cuerpos y escalas a que estuviera adscrito su puesto, siempre que esté en posesión de la titulación correspondiente y cumpla el resto de requisitos de la convocatoria. Se valorarán como méritos los servicios prestados como laboral y las pruebas selectivas superadas para acceder.

Conjuntamente con esta disposición, el Estado promulgó otras disposiciones: el art.37 de la Ley 31/1990 de 27 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 1991, donde se estableció un “*turno específico*”, denominado “*plazas afectadas por el artículo 15 de la ley de medidas*”, que se configura como un turno reservado y restringido dirigido sólo al personal laboral; el art.32 del mismo texto legal; Igualmente, los arts.39 y 32 de las Leyes de Presupuestos del Estado para 1989 y 1991 respectivamente. Además, continua vigente la Orden de 27 de marzo de 191 del antiguo Ministerio para las Administraciones Públicas, que regula el procedimiento y otros aspectos de la funcionarización: norma que prácticamente no tiene valor jurídico, como ha señalado el Tribunal Supremo, pues la calificó en su STS de 20 de junio de 1996 como acto administrativo y en su sentencia de 9 de junio de 1997 como simple instrucción dirigida a la Administración estatal (FJ 6º)

A partir de todo este conjunto normativo estatal, las Comunidades Autónomas – todas ellas- aprobaron marcos legales reguladores de sus procesos de funcionarización, que siguen vigentes en cuanto no se hayan adaptado a la nueva fórmula del EBEP. Sobre esta posibilidad de funcionarización en el ámbito autonómico y, por extensión,

local y también en cuanto al personal de administración y servicios de las Universidades Públicas, surgió una muy importante discusión jurídica, que se concretó en las sentencias del Tribunal Constitucional 38/2004 de 11 de marzo y 31/2006 de 1 de febrero, y cuyo contenido fundamental es el siguiente:

- la funcionarización, al amparo de la legislación mencionada (DT 15<sup>a</sup> de la Ley de medidas, según redacción dada por las leyes 23/1988 y 12/1996), las leyes de presupuestos generales del Estado de 1989, 1990 y 1991 y el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de marzo de 1991 fue validada como correcta por las STS de 20 de junio de 1996 y 28 de enero de 1997 y por el auto del Tribunal Constitucional 177/1999.

- sin embargo, ninguno de los anteriores preceptos era norma básica como tal, lo que no impidió que las Comunidades Autónomas dictaran como hemos señalado normas siguiendo al pie de la letra en muchos casos el redactado estatal, y en otros con clara extralimitación, como es el supuesto de Navarra, donde la funcionarización se caracteriza por ausencia de proceso selectivo e incluso se alcanza a que el reingreso del laboral excedente voluntario lo es ya en condición directa de funcionario.<sup>13</sup>

- la primera de las sentencias del Tribunal Constitucional citadas, la 38/2004 de 11 de marzo es clave: el parlamento de Asturias había aprobado la Ley 4/1996 de 13 de diciembre que modificaba su propia ley de función pública, e instituyó un procedimiento también "restringido" de funcionarización, basado en la superación de cursos selectivos – a nuestro juicio, claramente inconstitucional-, aunque seguía el modelo de otras leyes, como la valenciana, que sigue vigente y nunca impugnada. En el caso de Asturias –y luego del País Vasco, en la STC 31/2006- creemos que el Parlamento autonómico se extralimito porque la funcionarización, que no es otra cosa que el acceso a la condición de funcionario de carrera- a través de la realización de uno o diversos cursos de formación, con estas características, no garantiza suficientemente los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y respeta los sistemas establecidos, con carácter básico para todo el Estado –antes y después del EBEP- de la oposición o el concurso oposición o, si acaso –en especial antes del EBEP- el concurso.

- la STC 38/2004 de 11 de marzo y luego la sentencia 4/1996, resuelve el recurso y declara inconstitucional la referida ley, en ese caso de Asturias. Pero no lo hace por los motivos referidos –cuanto menos, no son el eje central de los fundamentos jurídicos- que habríamos a nuestro juicio considerados perfectamente válidos –y también, hay que decirlo, llevarían a la inconstitucionalidad de las leyes valenciana y madrileña, que no han sido impugnadas sin embargo- sino que se decantan por un argumento que ya había sido formulado por un sector de la doctrina administrativa y que es recogido finalmente por el Tribunal Constitucional.

---

<sup>13</sup> Al respecto, *vid.* BOLTAINA BOSCH, Xavier: "Los procesos de funcionarización del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra: su encaje en el marco constitucional español" Revista Jurídica de Navarra, 2004, págs.57-90.

Los ejes fundamentales de la STC 38/2004 son los siguientes:

1.- El art.19 de la Ley de medidas de reforma de función pública define el acceso a la función pública como un sistema de acceso libre a través de concurso, oposición o concurso oposición y prohíbe las llamadas "*pruebas restringidas*". Este precepto era considerado en su momento –y lo es su equivalente hoy en día en el EBEP- como norma básica, y por tanto aplicable a todas las Administraciones Públicas españolas.

Pese a lo cual, el Tribunal entiende que es factible en el sistema español llevar a cabo algunas excepciones a la norma general y estas han sido recogidas en algunos preceptos específicos de la Ley de Medidas, como era la DT 6ª.4, que permitió a las Comunidades Autónomas convocar pruebas específicas de acceso para contratados administrativos hasta una determinada fecha. El argumento del Tribunal Constitucional es –y ya lo fue en las SSTC 151/1992 de 19 de octubre, 4/1993 de 14 de enero y 302/1993 de 21 de octubre- que al estar previsto expresamente en una ley estatal, como excepción, se permitía a las Comunidades Autónomas la convocatoria, dentro del ámbito de sus competencias, pruebas con carácter restringido. Por el contrario, si la convocatoria se llevase a cabo fuera de este margen legal, se vulneraría una norma general, de carácter básico, es decir, en ese momento el art.19.1 de la Ley de Medidas. La conclusión, en su momento, fue clara: cualquier prueba restringida debe tener como base dos preceptos al mismo tiempo básicos: el art.19.1 que regula el acceso libre y aquel precepto específico que, dictado por el Estado, permita a otras entidades diferentes a él, convocar pruebas restringidas excepcionales en base a una razón constitucionalmente asumible.

2.- Los procesos de funcionarización de las Comunidades Autónomas –y también los que han llevado a cabo las Corporaciones locales y las Universidades Públicas –en este supuesto, para el personal de Administración y Servicios- se han basado en leyes autonómicas que instituían un sistema restringido, cerrado y específico. Así fue en el caso de Asturias, dirigido a su personal laboral fijo autonómico. El Tribunal Constitucional señaló lo evidente: no era posible la participación en el proceso de ciudadanos que no estuvieran vinculados previamente con la Administración convocante a través de un contrato de trabajo, ni tampoco el personal temporal o interino de la Comunidad.

3.- Establecidas estas premisas, el Tribunal procede a formular un razonamiento muy claro: coonestó el art.19.1 de la Ley de Medidas, la Ley 4/1996 de Asturias, la DT 6ª, apartado 4º de la Ley de Medidas –esto último, a nuestro juicio, erróneamente-, pero sin incluir ninguna referencia ni al art.15.1.c de la norma de función pública estatal ni a la DT 15ª de la Ley de Medidas, por lo que el prisma asumido es el de aquella DT 6ª promulgada con una finalidad completamente distinta a la funcionarización. La conclusión es por tanto clara: no habiendo una norma de carácter básico que exceptúe a la norma básica que es el art.19.1, no es factible un proceso restringido de funcionarización. Aunque la sentencia no lo valoró, es cierto que tampoco la DT 15ª de la Ley de Medidas no tenía ni tiene carácter básico y que además va dirigida a la Administración General del Estado y a las entidades gestoras de la Seguridad Social.

En su momento ya fuimos muy críticos con este planteamiento en las monografías que sobre funcionarización publicamos<sup>14</sup>, en base a los siguientes argumentos, que creemos aplicables a los procesos iniciados con anterioridad al EBEP:

- Es cierto que debe destacarse que la DT 15 de la Ley de Medidas está vinculada únicamente, y sin carácter básico, a la funcionarización del personal laboral fijo del Estado y de la Seguridad Social. Y aunque es evidente que esta DT 15 no es básica, tampoco lo es el art.15.1.c de la Ley de Medidas –que sigue vigente a día de hoy-, pero en cualquier caso, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha fijado un principio de preferencia del régimen estatutario funcional en la prestación de servicios en la Administración Pública y que únicamente a través de ley pueden preverse aquellos puestos de cobertura por personal laboral.

- Esta doctrina del Tribunal Constitucional es plenamente aplicable a las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Universidades Públicas. De ahí que todas las Comunidades Autónomas hayan dictado leyes sobre funcionarización. Como implícitamente ya reconoció la STS de Andalucía/Sevilla de 19 de noviembre de 2001, si el original art.15.1 de la Ley de Medidas de 1984 era inconstitucional y el remedio vino de la mano de la Ley 23/1988 que lo modificó e instauró un sistema *ad hoc* de funcionarización, la misma corrección es necesaria en cuanto a la función pública autonómica, local y la del personal de administración y servicios de las Universidades Públicas.

- En segundo término, haciéndonos eco de la posición de la doctrina teórica, que ha señalado que el establecimiento de un sistema específico de acceso a la función pública para un grupo concreto de personas no es una cuestión de carácter básico y que por tanto, puede ser competencia de la Comunidad Autónoma. Esta posición ha sido mantenida por el propio Tribunal Constitucional en circunstancias muy específicas, como fue el caso de la STC 76/1986.

En ese contencioso, las leyes 11/1983 y 8/1985 del Parlamento vasco regularon un procedimiento excepcional de incorporación a la función pública vasca calificado de “*sistema de acceso a la función pública diferente del común*” a favor de todas aquellas personas que habían prestado servicios en la “*Administración autónoma del País Vasco*” en el exilio entre octubre de 1936 y enero de 1978. Evidentemente esta incorporación se habilitó a favor de los ciudadanos que habían prestado servicio a instituciones que pasaron a insertarse en el terreno de los hechos, quedando ellos y su actividad al margen del ordenamiento jurídico vigente (F) 2), por lo que, con la referida integración se produjo una ruptura del derecho a la igualdad del art.23.2 de la Constitución y de la delimitación de competencias que establece el art.149.1.18 de la Constitución.

---

<sup>14</sup> Sobre esta cuestión, *in extenso*, vid. BOLTAINA BOSCH, Xavier: “*La funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas españolas. Régimen jurídico y proceso selectivo restringido*”. Cedecs. Barcelona, 2005; también, centrada en Cataluña, BOLTAINA BOSCH, Xavier: “*La funcionarització del personal laboral al servei de les Corporacions locals catalanes. 101 preguntes, 101 respostes*”. Estudis de Relacions Laborals. Diputació de Barcelona-CEMICAL. Barcelona, 2005.

En este supuesto, muy cuestionable por otro lado, fue resuelto por el Tribunal Constitucional de manera favorable al País Vasco. Consideró que la Comunidad Autónoma no había infringido ningún precepto constitucional. En primer lugar, porque ante la tesis del Abogado del Estado que alegó que se violaba el derecho de igualdad en el acceso al empleo público, el Tribunal entendió que el trato desigual puede existir siempre que sea posible calificarlo de razonable, tanto por la causa que lo motiva como por la naturaleza de las propias medidas diferenciadoras, que descansan en razones de “*equidad*”, “*justicia material*”, “*satisfacción de una demanda social*”, que se conectan con objetivos de “*justicia*” que la propia Constitución “*ha elevado a la categoría de valores superiores del ordenamiento*”, y concluyendo que un proceso restringido como el enjuiciado supone unas medidas que “*no son desproporcionadas con la finalidad elegida y no desconocen, en su puesta en práctica, severos controles de la efectiva prestación de servicios*”.

Además, y debemos destacarlo, la STC referida plantea el problema del art.149.1.18 de la Constitución y el carácter básico que el Estado ha otorgado a una determinada norma de función pública y afirma con toda claridad, que las bases han de tratar aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de la función pública “*y no pueden ser calificadas de básicas unas normas que, en materia de acceso a la función pública, no pretenden innovar el ordenamiento de forma permanente, sino coyuntural, y que tienen un ámbito de aplicación absolutamente marginal, respetándose y manteniéndose los sistemas de acceso a cargos funcionariales que puedan existir como regla general en las Comunidades Autónomas*” (FJ 4º).

- igualmente, las dos sentencias del Tribunal Constitucional obviaron otros aspectos no menos importantes. Por un lado, ya apuntado, el hecho que a lo largo de los pronunciamientos en ningún momento se tiene en cuenta la problemática derivada de la propia doctrina del Tribunal, según la cual la generalidad de puestos a proveer en la Administración deben ser funcionariales. La consecuencia “consustancial” –como así lo denominó el letrado del Principado de Asturias– es que es preciso arbitrar todos los mecanismos necesarios que unifiquen la naturaleza del vínculo jurídico de adscripción de laboral a funcionario, si el puesto ocupado es funcional. Por ello, creímos ya en su momento que los términos utilizados por la defensa jurídica del Principado era claros a los cuales difícilmente se puede añadir ningún comentario clarificador: “*si la finalidad de la ley impugnada tiene la misma finalidad que inspiró medidas similares en la legislación estatal, esto es, buscar la racionalidad, la coherencia y la homogeneidad entre la naturaleza jurídica del vínculo de adscripción de los titulares de las plazas de plantilla y los titulares de los puestos de trabajo en aquellas ocasiones en las que, a través de las relaciones de puestos de trabajo, se manifieste una falta de sintonía entre ambos elementos*”. El Tribunal tampoco tuvo en cuenta el carácter excepcional de la funcionarización que trata de adaptar, por una sola vez, a través de ley del Parlamento, los referidos vínculos jurídicos.

- y finalmente, creemos que el TC no tuvo en cuenta, de ninguna manera, el carácter supletorio de la Ley de Medidas, según disponía el propio art.15.1 de la Ley, opción que sin embargo si está recogida tanto por la doctrina teórica como la judicial. Así, la STS de 28 de noviembre de 1992 y la STSJ de Andalucía/Granada de 28 de



noviembre de 1999 concluyeron declarando la ilegalidad de diversos procesos de funcionarización precisamente porque incumplieron las reglas contenidas en la DT 15ª de la Ley de Medidas, asumiendo así este carácter supletorio. También la STSJ de Andalucía/Granada de 17 de mayo de 1999 validó el uso de la DT 15ª, si bien insiste que debía respetarse la fecha de 30 de julio de 1988, lo cual sólo tiene lógica desde la perspectiva estatal, como reconoció más tarde la STSJ de Andalucía/Sevilla de 19 de noviembre de 2002. Por otro lado, la STS de 21 de enero de 1993 señala, sin ningún tipo de ambivalencia que el art.15.1.c de la Ley de Medidas es un precepto de “*aplicación supletoria a todo el personal al servicio del Estado (...) y de las Administraciones Públicas no incluidas en su ámbito de aplicación*” y este criterio ha sido reiterado en el tiempo, como en las mas recientes SSTS de 11 de febrero de 2007 y 1 de septiembre de 2007 según las cuales “*las previsiones de ese artículo 1 y esa disposición transitoria decimoquinta (...) son aplicables supletoriamente al ámbito de la Administración local, de conformidad con lo previsto en el art.1.4 de la propia Ley 30/1984 y en el artículo 92.1 de la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local*”

Pero ante este estado de cosas jurídicas, el legislador que debía encarar un nuevo Estatuto Básico del Empleado Público debía asumir la necesidad de reconducir el desencaje jurídico acontecido. Y de ahí que en el siguiente apartado nos refiramos al proceso de funcionarización tal como está articulado en el EBEP, con todas las cautelas necesarias por cuanto la jurisprudencia existente hasta el momento en su gran mayoría viene referido a los requisitos previstos en la legislación anterior, si bien creemos que es plenamente aplicable, en su casi totalidad, al nuevo marco jurídico.

## 2.- EL PROCESO ESPECÍFICO DE FUNCIONARIZACIÓN TRAS EL EBEP: LA ADAPTACIÓN DEL VÍNCULO JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES A UNA NUEVA ADSCRIPCIÓN DEL PUESTO DE TRABAJO COMO FUNCIONARIO: LA DT 2ª DEL EBEP

Los vaivenes normativos y las cambiantes políticas de gestión de recursos humanos de nuestras Administraciones han comportado que, a lo largo de las últimas dos décadas, se hayan institucionalizado procesos de laboralización del personal funcionario y, en mucha mayor medida, intensidad y complejidad, procesos de funcionarización de personal laboral<sup>15</sup>. Mientras la laboralización ha sido un proceso por lo común pacífico –y también residual–, la complejidad jurídica de la funcionarización se ha prolongado desde el 1988 hasta el momento presente<sup>16</sup>. En los estudios que nosotros hemos llevado a cabo, podríamos cifrar entre 300 y 400 mil los empleados públicos laborales que se han visto afectados en el periodo 1984-2012 por procesos de reclasificación de sus puestos de trabajo.

El Informe de la Comisión de 2005 pasó de puntillas sobre esta problemática, que se ha incrementaron tras los pronunciamientos antes mencionados del TC que han declarado la inconstitucionalidad de procesos de funcionarización impulsados por las

<sup>15</sup> En el mismo sentido, los procesos de *estatutarización*, esto es, de acceso a la condición del personal laboral a la condición de personal estatutario de los servicios públicos de salud.

<sup>16</sup> Sobre esta cuestión, *in extenso*, vid. nuestra monografía: “*La funcionarización del personal laboral...*” ob.cit.

Comunidades Autónomas, en base a la inexistencia de una norma de carácter básico que diera soporte normativo a la articulación de los mismos, que se caracterizan básicamente por ser restringidos, al no poder participar en ellos más que los trabajadores afectados por la readscripción a funcional del puesto de trabajo que ocupan. La Comisión únicamente plantea que el marco de funciones que en el futuro se derivase del EBEP –ahora ya aprobado y en vigor- y de las leyes estatales y autonómicas de desarrollo, no debería afectar a los funcionarios y trabajadores que tuvieran una u otra condición en el momento de su entrada en vigor, de tal manera que la definición de funciones que ahora asume el Estatuto “*debería tener efectos pro futuro*” y postulando que “*la confusión existente debe solventarse con criterios de transitoriedad, en la medida más razonable que sea posible y dirigida a evitar que puedan quedar puestos vacantes o funciones sin ejecutar por corresponder según la nueva legislación a uno u otro colectivo*”.

A nuestro juicio, el EBEP ha cerrado en falso esta cuestión y ha perdido la ocasión de resolver, de una manera ordenada y dando seguridad jurídica adecuada, los procesos de funcionarización que en el futuro puedan aprobarse. La DT 2ª, en este sentido, nos parece especialmente confusa.

Podemos distinguir en ella dos apartados: el primer párrafo, que regula la garantía de estabilidad en el puesto, y el segundo, que prevé los hipotéticos procesos de funcionarización.

***Disposición Transitoria Segunda. Personal Laboral fijo que desempeña funciones o puestos clasificados como propios de personal funcionario.***

*El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario, o pase a desempeñarlos en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrán seguir desempeñándolos.*

*Asimismo, podrá participar en los procesos selectivos de promoción interna convocados por el sistema de concurso-oposición, de forma independiente o conjunta con los procesos selectivos de libre concurrencia, en aquellos Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñe, siempre que posea la titulación necesaria y reúna los restantes requisitos exigidos, valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición.*

***2.1.- La garantía de estabilidad: la perspectiva laboral***

En ese primer párrafo, el EBEP garantiza que el personal laboral fijo que a la entrada en vigor del mismo desempeñe funciones en puestos de personal funcionario, o pase a desempeñarlas en virtud de pruebas de selección o promoción convocadas antes de dicha fecha, podrá continuar haciéndolo. Se trata, pues, de una garantía de

estabilidad para los trabajadores afectados, en línea a lo que prevé –pues no ha sido derogada- la DT 15ª de la LMRFP, para el ámbito estatal, si bien ahora tal DT 2ª lo es con carácter de norma básica.

¿Es factible el despido de los trabajadores no funcionarizados, que no opten al proceso, que no lo superen, etc...? A nuestro juicio la garantía de estabilidad es absoluta. El EBEP como ya hizo antes la ley estatal y autonómica prevén que en ningún caso, por el hecho de que un trabajador no opte a las pruebas de funcionarización, no puede ser despedido. Es más, la jurisdicción ha establecido que tampoco la Administración podrá ejercer otras facultades derivadas de la ley laboral, como el *ius variandi* del art.39 del ET que no se aplica en este supuesto porque decae ante una norma específica, antes la DT 15ª y ahora el EBEP, hasta el punto que “no sea posible privarlo de este derecho que tenía consolidado sobre la base de una alteración de la relación de puestos de trabajo” (STS) de Andalucía/Granada de 12 de noviembre de 2002).

Esta garantía se vincula, sin embargo, únicamente a la readscripción del puesto de laboral a funcionario. Por tanto, en ningún caso se podrá alegar la readscripción como causa de despido. Pero el trabajador podrá ser despedido por otras causas (disciplinarias, empresariales, económicas, etc.) o ser trasladado de puesto, incluso por amortización del mismo, si este ya no es necesario: la estabilidad es un derecho y no puede verse conculcada por una nueva definición o recalificación del puesto como funcional, pero si que puede ser “amortizado” si fuera preciso (STS) Andalucía/Granada de 12 de noviembre de 2002, FJ único).

Aunque el EBEP nada dice en su primer párrafo, creemos vigente la DT 15ª de la Ley de Medidas además con carácter de norma laboral aplicable a todas las relaciones laborales en las Administraciones españolas, porque nada lo impide, porque sigue vigente y porque no se circunscribe exclusivamente al Estado. En concreto la DT 15ª establece una garantía para el personal laboral no funcionarizado: la prohibición de discriminación en la promoción profesional futura, sino ha optado al proceso o no lo ha superado. Y nos referimos a la promoción en vía laboral, no la que luego comentaremos en vía funcional.

En los primeros años posteriores a la Ley 23/1988 persistió una tesis restrictiva en cuanto a esta promoción profesional, que de hecho aceptaba una inexistencia de carrera profesionalmente potencialmente imaginable, sino fuera la mera opción potestativa difícil de concretar. Incluso la Audiencia Nacional, en su sentencia de 30 de marzo de 1992 afirmó que este derecho a la promoción podía entenderse como el derecho, en el futuro, a funcionarizarse, o el derecho a realizar formación o perfeccionamiento profesional, pero sin concretarlo en el ámbito de los ascensos en régimen laboral. La referida sentencia consideró correcto que la Administración no convocara puestos de acceso como laborales en puestos que antes sí lo era y que luego pasaron a ser funcionariales, criterio seguido, de forma muy razonada (esto es, a diferencia de lo expuesto por la Audiencia), por las SSTSJ de Castilla y León/Valladolid de 27 de marzo de 1993 y 25 de enero de 1994.

Más tarde, sin embargo, la jurisprudencia dio un tumbó importante, y ha intentado garantizar la carrera profesional, incluso cuando la Administración tiene un elevado número de funcionarios. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 4 de febrero de 1992 entiende que los trabajadores que “*sobreviver*” a una funcionarización mantienen una red de derechos equivalentes a los que tenían antes, de acuerdo con los siguientes criterios:

a) ha de fijarse el momento temporal en que se aplica la reserva general de puestos a funcionarios. En el caso presente, lo sería la entrada en vigor del EBEP. Todas las plazas laborales que tras esta fecha no hayan sido reconvertidas a funcionario formaran parte del colectivo de puestos a los que podrán optar los trabajadores, en su carrera profesional; pero no sólo a estas plazas, sino también a todas aquellas que antes de aplicar la ley tuvieran la condición de laboral.

b) deben darse para aplicar el anterior criterio, trabajadores que cumplan los requisitos necesarios según la normativa de aplicación, con carácter de fijeza antes de la entrada en vigor del EBEP y que pudieran promocionar a las referidas plazas.

c) La normativa, generalmente el convenio colectivo, ha de permitir o amparar la promoción interna a tal o cual plaza o puesto.

La conclusión del TS en su sentencia de 4 de febrero de 1992 es clara: los trabajadores que con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley estuvieran en posesión de la titulación y de los requisitos exigidos, podrán participar en los procesos de promoción para todas las plazas que con anterioridad a este momento estaban adscritas a personal laboral, de manera que la Administración, si quedan vacantes, no podrá transformarlas directamente a funcionariales y convocarlas como tales, sino que previamente habrá de ofertarlas a los trabajadores que tuvieran una expectativa de promoción.

## 2.2.- El proceso de funcionarización instituido en la DT 2ª del EBEP. Un nuevo inicio

La DT 2ª del EBEP plantea la hipotética funcionarización de esos trabajadores, vinculándola a diversos requisitos que a continuación expondremos. Sin embargo queremos destacar que con el EBEP se reinicia un proceso, denominado transitorio, que empezó en el 1988. Ello es significativo porque la “transitoriedad” empieza a convertirse en un proceso permanente. La etapa 1988-2007 parecía agotada, como bien indicaba la STS de 3 de mayo de 2004 que afirmó que “el proceso de funcionarización iniciado por la Ley 23/1988 debe estar a punto de concluirse, debiendo quedar muy pocos supuestos de trabajadores laborales que todavía hayan de acogerse al mismo”. Con el EBEP y aún más, con las futuras leyes de empleo público autonómicas, creemos que la “mala salud” de la funcionarización es realmente de “hierro”, por cuanto en el 2012 se alcanzarán casi un cuarto de siglo de esta institución jurídica.

a) en primer término, aquellos podrán participar en procesos selectivos que deberán serlo bajo el prisma de “*promoción interna*”.

Nos parece un grave error vincular la funcionarización a la promoción interna, redacción final de la DT fruto de un tortuoso camino en el trámite parlamentario.

Es cierto que con la nueva DT 2ª se permite superar el actual sistema en virtud del cual –salvo en supuestos muy específicos, como es el caso de la *promoción cruzada* de personal laboral del grupo E al grupo funcional D que instituyó la LMRFP<sup>17</sup>- un trabajador fijo no puede participar en un proceso de promoción interna para ingresar en un Cuerpo o Escala de un grupo de clasificación superior, de carácter funcional. Tal restricción limitaba, cuando no anulaba en la práctica, la promoción profesional de los trabajadores fijos en Administraciones altamente funcionalizadas.

No obstante, el redactado final de la DT 2ª parece reducir las hipotéticas funcionalizaciones futuras únicamente al pase por un sistema de promoción interna, y no como fórmula tan sólo de adaptación del régimen jurídico del trabajador al puesto que ocupa, que es en esencia la razón de ser de tal proceso.

Creemos que debería haberse también previsto esta última posibilidad –la más habitual, por otra parte, en los procesos de funcionalización-, evitando que, agudizando el ingenio, el gestor de recursos humanos bajo presión sindical deba recurrir a partir de la entrada en vigor del EBEP a funcionalizaciones que en la práctica real serán adaptaciones al puesto de trabajo que ocupa el trabajador afectado, sin real promoción profesional, pero que se articularán bajo fórmulas de promoción interna no necesariamente a un Cuerpo o Escala de un grupo superior –aunque también, pues en esta línea se orientará la presión de empleados y organizaciones sindicales- sino como cosméticas promociones internas horizontales (art.16.3.d y 18 del EBEP), que comportarán un aparente acceso a otros cuerpos o escalas del mismo subgrupo profesional, salvando así la dificultad que ha impuesto el nuevo Estatuto Básico. Además, consideramos que estos procesos de promoción interna vertical cruzada restringidas serían inconstitucionales porque no habría supuesto excepcional basado en la Constitución, que validara una medida tan excepcional para recurrir al carácter restringido, por todo lo expuesto con anterioridad.

Por consiguiente, pese a esta terminología, creemos que sólo es factible la “promoción” como elemento de funcionalización restringida si se trata de adaptar el vínculo jurídico laboral del empleado a la naturaleza funcional del puesto que ocupa.

#### b) la participación se restringe al personal laboral fijo

La consulta de muchas bases y convocatorias nos permiten afirmar que a menudo no se fijan límites personales a la participación. Pero el EBEP ahora y la legislación estatal anterior establecen unos límites que creemos infranqueables: fundamentalmente,

---

<sup>17</sup> Precepto vigente por no haber sido derogado por el EBEP, la DA 25ª de la LMRFP, según redactado dado por la Ley 53/2002 de 30 de diciembre, prevé que, con carácter excepcional, los ordenanzas laborales u otros trabajadores de categorías o grupos equivalentes (pertenecientes al antiguo grupo de clasificación E) podrán participar en las convocatorias de promoción interna de acceso al Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado. Algunas Comunidades Autónomas han incorporado preceptos de similar contenido a sus leyes de función pública: así, el art.31 de la Ley 13/2005 de 16 de diciembre de La Rioja, calificando tal posibilidad de “*promoción cruzada*” o el art.71.2 de la Ley 7/2005 de 24 de mayo de función pública de la Administración de Castilla y León.

que el trabajador tenga una relación laboral fija en una determinada fecha, que esté en posesión de la titulación requerida para el acceso al cuerpo o escala en la que participa y que cumpla todos los restantes requisitos exigidos para acceder a la función pública. Participación que, además, siempre será voluntaria.

Por todo ello creemos que es ilegal la aceptación de participación en el proceso de personal laboral indefinido no fijo y personal laboral temporal, si el proceso es restringido.

En el segundo caso (personal temporal) y pese a que en algunas normas autonómicas se ha permitido, no creemos que las razones que avalan la constitucionalidad del carácter restringido del proceso permitan tal posibilidad. Uno de los objetivos de la funcionarización es adaptar el régimen jurídico de los trabajadores a una nueva adscripción funcional del puesto, garantizándoles, si no participan, su continuidad. Además, el Tribunal Supremo ha afirmado que hay razones de estabilidad y garantía en el servicio público que justifica el proceso y se evita así también el despido masivo de trabajadores laborales, lo que supondría por otro lado un coste elevado económico sin finalidad alguna, pues sería preciso reponer de nuevo a estos empleados. Todo ello aconseja y valida el carácter restringido de la funcionarización, pero nada de ello puede predicarse del personal laboral temporal. Por otro lado, tanto la DT 15ª de la Ley de Medidas como la DT 2ª del EBEP se refieren a "*personal laboral fijo*", por lo que entendemos inconstitucional recurrir a la funcionarización como fórmula para lograr que un trabajador temporal alcance la condición de funcionario de carrera, ya que este tipo de integración colisiona con el art.23.2 de la Constitución (STC 388/1993).

En cuanto a los trabajadores indefinidos no fijos, estos prestan servicios en la Administración en tanto en cuanto su puesto no es cubierto de manera definitiva a través de una oferta de empleo público, se provee definitivamente por reingreso de un excedente voluntario, por promoción interna, etc.... o se amortiza. En todos estos supuestos, si se materializan, hay un fin de la relación laboral y el trabajador no tiene derecho a indemnización de ningún tipo, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, STS de 27 de mayo de 2002).

Por ello, la funcionarización restringida de un trabajador indefinido no fijo no es posible, porque no cumple con el requisito previsto por la ley, es decir, mantener una relación permanente de fijeza con la Administración. En este sentido, la propia Administración General del Estado y el Consejo de Estado español han mantenido un parecer idéntico: en este último supuesto, el dictamen num.3740 de 24 de enero de 2002 descarta la participación de aquellos empleados que no sean laborales fijos, afirmando que no es posible la funcionarización de cualquier otro empleado, incluyendo el personal que tengan una relación jurídico laboral de carácter indefinido, dado que tal personal no es fijo y por tanto carece de los requisitos esenciales para la *adquisición del derecho a la funcionarización*<sup>18</sup>. La fórmula más respetuosa con los principios de igualdad, mérito y capacidad, y también con los derechos de los trabajadores afectados, nos parece que es

---

<sup>18</sup> Dictamen num.3740 de 24 de enero de 2002 emitido en relación a la funcionarización del personal laboral de un organismo autónomo municipal.

la que instituyó el Decreto 149/2002 de 29 de agosto de funcionarización de la Comunidad de Madrid, que incluye las plazas afectadas en la oferta de empleo público (art.25.3) y valorando, en todo caso, en la fase de mérito, los servicios prestados como indefinidos no fijos, entre otros. Sin embargo, no podemos obviar la STS de 12 de febrero de 2007 que, no sin cierta sorpresa –y quizá ignorando la jurisprudencia del propio Tribunal que distingue entre fijos e indefinidos- acepta la participación de trabajadores indefinidos en la funcionarización en base a un razonamiento extraño: *“si tenemos en cuenta que los participantes en las pruebas selectivas tenían la condición de personal laboral de duración indefinida, que puede equipararse a la condición de fijo al no distinguirse en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 11 y 12 de igual texto entre personal de duración indefinida y personal fijo, es clara la aplicación”* de la normativa de funcionarización al personal indefinido no fijo. Criterio que como hemos expuesto no compartimos.

c) deberá efectuarse mediante la fórmula de concurso-oposición

De los términos de la DT 2ª del EBEP puede deducirse que se ha superado definitivamente la ambivalencia anterior: ni oposición ni concurso de méritos son fórmulas que permitan la funcionarización, sino que la Administración debe recurrir al concurso oposición como única fórmula. De hecho, antes mismo del EBEP, la jurisprudencia ya planteó con claridad que la única fórmula era cuanto menos el concurso-oposición, porque *“la Ley no autoriza la sustitución del sistema selectivo establecido con carácter general por un concurso de méritos en casos particulares”*. (STS de 20 de febrero de 2006).

Cuestión distinta es el nivel de exigencia, sobre la cual nada dice el EBEP. Hemos localizado dos tendencias claras en la práctica: las convocatorias que establecen el mismo nivel de exigencia y las que disminuyen su rigor. Así, el Acuerdo firmado entre la Administración estatal y los sindicatos el 22 de julio de 1997, se fijó un programa de 70 temas para acceder al antiguo grupo A, 48 para el grupo B, 20 para el grupo C y 8 para el grupo D<sup>19</sup>, sin embargo, las normas autonómicas han sido aún más laxas, como la Orden de 24 de julio de 2002 de la consejería de Administración Pública de Castilla-La Mancha que redujo a 30, 25, 15 y 8 los temas para acceder, respectivamente, a los grupos A, B, C y D, situación aún más flagrante en el ámbito local, donde hemos localizado supuestos extremos de exigencia del mismo número de temas (en concreto 2) para todos los grupos de clasificación<sup>20</sup>. En este sentido entendemos que las reglas a aplicar deberían basarse en los siguientes parámetros:

---

<sup>19</sup> Pero un análisis específico de las convocatorias nos dan soluciones completamente dispares. Así, desde los 10 temas exigidos para acceder a la escala de titulados medios –grupo B- del Ministerio de Transporte (BO 10-6-1993), un número idéntico de temas para acceder a alguna de las 1288 plazas de auxiliares administrativos por funcionarización del antes denominado INEM (BOE 4-1-1996), o los 116 temas exigidos para ser arquitecto funcionario en el Ministerio de Fomento (BOE 30-11-2001).

<sup>20</sup> Ayuntamiento de Calahorra, BO de La Rioja de 19 de junio de 2001, 27 de noviembre de 2001 y 23 de enero de 2003.

- criterio de proporcionalidad, en función del grupo de clasificación al que se accede.
- Las pruebas y el temario no tienen que ser los mismos para todos los casos, ya que dependerán del Cuerpo o Escala de que se trate, sino también del puesto específico. (STS de 20 de febrero de 2006)
- No hay una obligación numérica de temas, pudiendo haber más temas en unos supuestos que otros (STS de 20 de febrero de 2006).

Otra cuestión importante es establecer si en las pruebas es preciso, como mínimo, que haya un ejercicio práctico, pues así lo impone la legislación de función pública para el acceso general en los procesos selectivos. Nos parece, como tal criterio, aplicable a la funcionarización, pero también es omitible. La doctrina judicial ha señalado que hay supuestos en que se puede exceptuar, si hay razones “debidamente justificadas”. La justificación, en la funcionarización, tal como indica la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2002 radica en que la experiencia práctica ya se acredita en la fase de concurso mediante la valoración del tiempo de servicios prestado en la condición de laboral fijo en el puesto convocado.

Finalmente, por su importancia y porque es muy habitual comprobarlo en las bases de funcionarización debemos responder a la siguiente pregunta: ¿es posible suprimir o convalidar todos los ejercicios teóricos y/o prácticos, y eximir al aspirante de la fase de oposición?

Es uno de los aspectos jurídicamente más complejos del proceso de funcionarización. Hemos de recordar que la DT 2ª del EBEP, tal como ya hace la DT 15 de la Ley de Medidas, afirma que en el concurso oposición se prescribe que hay que configurar las bases “*valorándose a estos efectos como mérito los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas superadas para acceder a esta condición*”.

Podríamos plantear dos soluciones, que hemos venido a denominar criterio “flexible” y criterio “restrictivo”.

La posición flexible supondría aceptar que no es exigible a los aspirantes laborales volver a someterse a todas las pruebas o ejercicios ya superados en otro momento, de tal forma que, si hay una coincidencia total entre aquellos y los previstos en la funcionarización, deben quedar exceptuados. Debe recordarse que la Orden estatal de 1991 ya indica que las pruebas serán, en principio, de contenido análogo a las del turno libre, si bien se podrán suprimir aquellos ejercicios que correspondan a conocimientos ya acreditados en las pruebas que se hayan superado para acceder a la condición de laboral (art.9.4).

La tesis restrictiva entiende que debemos partir de 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; la segunda, que el principio de capacidad obliga a que los trabajadores fijos



hayan de probar sus conocimientos para el acceso a la función pública y, para ello el elemento de prueba es el contenido de la fase de oposición.

Como es harto difícil establecer una regla jurídicamente sólida y clara, quisiéramos proponer los siguientes parámetros, bajo el entendimiento que los formulamos como propuesta personal que toma como base la literalidad de las normas consultadas, su espíritu –es decir, la finalidad que persiguen-, pero también considerando la base que la doctrina teórica, los pronunciamientos judiciales y la doctrina del Consejo de Estado han establecido.

1.- La convalidación debe ser posible si el nivel de exigencia fue el mismo en el momento de ingresar como laboral que el que se requiere en el momento presente para acceder a la condición de funcionario. Pero no podrán convalidarse años de servicio por pruebas<sup>21</sup>, 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.

2.- La convalidación total y completa ha sido criticada por inconstitucional por el Consejo de Estado, que en sus dictámenes de 30 de junio de 1994 y 5 de junio de 1997 ya señaló que *“resulta esencial la realización, en todo caso, de pruebas selectivas”* y que ni la DT 15ª de la Ley de Medidas –y hoy añadiríamos, la DT 2ª del EBEP- *“no permiten la ausencia total de pruebas”*, hasta el punto de insistir que una oposición superada totalmente por convalidación es un criterio falto de objetividad y razonabilidad, que rompa con los principios de mérito y capacidad.

3.- No quiebra el principio de igualdad que las diferentes convocatorias adopten contenidos selectivos diferentes. En concreto en cuanto al tipo de pruebas y al temario, *“sucede que ni tienen que ser los mismos para todos los casos, ni podrán serlo pues dependerán del puesto y Cuerpo o Escala de que se trate. Tampoco hay impedimento para que se incluyan más temas en unas convocatorias que en otras”*, si bien el límite será caro: *“la Ley no autoriza la sustitución del sistema selectivo establecido con carácter general por un concurso de méritos en casos particulares”*, tal como ha señalado para todos estos casos la STS de 20 de febrero de 2006.

d) tales convocatorias podrán aprobarse conjunta o separadamente a procesos selectivos de libre concurrencia, terminología que *a sensu contrari* permite entender que los de funcionalización se instituyen con carácter restringido;

e) igualmente, será preciso que tal participación lo sea para acceder a Cuerpos y Escalas a los que figuren adscritos las funciones o los puestos que desempeñen los trabajadores, siempre y cuando posean la titulación necesaria y reúnan los requisitos exigidos en la convocatoria;

---

<sup>21</sup> Por ello, rechazamos la legalidad de opciones como la prevista en el art.7.2 del Decreto 163/1998 de la Comunidad de Aragón que convalidó los ejercicios prácticos de todos los grupos de clasificación, a los aspirantes que acreditasen servicios efectivos como laborales fijos durante un periodo mínimo de 6 años.

La exigencia de titulación es un requisito inexcusable, aunque este es uno de los mayores problemas en los procesos de funcionarización. Tanto la DT 15ª de la Ley de Medidas como la DT 2ª del EBEP lo requieren. El Consejo de Estado afirma que no hay norma estatal que prevea la dispensa de titulación<sup>22</sup>, salvo el supuesto de promoción funcional del subgrupo C2 al C1 (antiguos grupos D y C).

f) la DT 2ª se dirige a *“El personal laboral fijo que a la entrada en vigor del presente Estatuto esté desempeñando funciones de personal funcionario”*, por lo que el requisito de excepcionalidad en el carácter restringido no se extiende a aquellos trabajadores que ocupan puestos que perfectamente, por que así lo permite la ley, pueden ser laborales: *“debe tenerse también en cuenta que, tratándose de un acceso restringido a la función pública, sólo estará debidamente justificado, desde la perspectiva del principio de igualdad de acceso a la función pública (art.23.2 CE) para quienes se encuentren en esa situación de anormalidad que pretende resolverse (...) habrá de concluirse que la restringida vía de acceso prevista en la convocatoria litigiosa estaba justificada para aquellos puestos que, a partir de la Ley 23/1988 necesariamente tienen que ser funcionariales, pero no así para los que la Ley sigue permitiendo su desempeño por personal laboral”* (STS de 1 de septiembre de 2007), como es el caso del personal de oficios en las Corporaciones locales, por citar un ejemplo.

g) finalmente, se valorarán –parece ser que de forma imperativa- en la fase de concurso los méritos derivados de los servicios efectivos prestados como personal laboral fijo y las pruebas selectivas que en su momento superaron para adquirir tal condición.

### **III.- UNA REFLEXIÓN FINAL CRÍTICA Y EN POSITIVO**

No quisiéramos finalizar esta exposición sin efectuar unas breves reflexiones críticas a los términos de la DT 2ª y también algunas consideraciones positivas.

Creemos que la DT 2ª aporta algunas prescripciones positivas, dado su carácter de norma básica –por lo que se supera finalmente el debate suscitado por el Tribunal Constitucional-, pero incurre en un error de especial importancia.

1ª.- Nos parece destacable, en el primer caso, que se indique con claridad que la funcionarización debe ser por concurso-oposición y que, aunque no con una terminología clara, aquélla pueda ser restringida;

2ª.- Igualmente, al prever cómo debe efectuarse el proceso, exige un sistema de selección específico, requiere acreditar la titulación y otros requisitos como en cualquier otra selección y fija los hipotéticos méritos a valorar;

3ª.-Finalmente, se vincula temporalmente la posibilidad a aquellos trabajadores que ocupen un puesto readscrito a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico<sup>23</sup>;

<sup>22</sup> Dictamen del Consejo de Estado núm.1622 de 30 de abril de 1998.

<sup>23</sup> Sin embargo, dado que el EBEP queda pendiente de desarrollo en cada Comunidad Autónoma en cuanto a qué posibles puestos podrán ser desempeñados por trabajadores, tal fecha fijada en la DT 2ª

todo ello permite considerar que se cumplen los requisitos de validación excepcionales que el Tribunal Constitucional ha instituido en los denominados procesos restringidos de acceso a la función pública<sup>24</sup>.

Sin embargo, la DT 2ª implicará una gravísima situación hacia el futuro: al fijar la fecha en la entrada en vigor del EBEP, olvida que el propio EBEP remite a las leyes de desarrollo del Estatuto la concreción de que puestos serán de laborales y cuales serán de funcionarios, con los límites del art.9. Por consiguiente, si una ley autonómica establece esa concreción 4, 5 o 10 años con posterioridad al EBEP –a fecha de hoy sólo una ley autonómica ha sido publicada con posterior al Estatuto, ¿Cuál será la fecha real a tener en cuenta para poder funcionarizar, la estática del EBEP completamente descontextualizada o la de entrada en vigor de la ley autonómica? A nuestro juicio, una interpretación coherente del sistema debería enviarnos a esta última y por ello creemos que se hace precisa una reforma de la DT 2ª para evitar las disfunciones que acontecerán en el futuro. Y ello es importante porque los Tribunales entienden que siendo posible la funcionarización, no corresponde a la Administración fijar fecha distinta a la que instituya la Ley, en este caso el EBEP, por lo que sólo podrán participar los trabajadores contratados –o que lo fueron posteriormente pero en base a procesos selectivos convocados con anterioridad- a fecha 13 de abril de 2007 (al respecto, en cuanto a la fecha de 30 de julio de 1988, aplicada supletoriamente a una Corporación Local, STSJ de Asturias de 22 de diciembre de 2004, ratificada por STS de 23 de febrero de 2009).

Por otro lado, la inclusión de la DT 2ª en el EBEP y el carácter básico de la misma, nos permite apreciar que se superan las dudas de constitucionalidad que la jurisprudencia constitucional desde 2004 ha atribuido a los procesos de funcionarización impulsados por las leyes autonómicas (y por extensión, los aprobados por las Corporaciones locales y Universidades Públicas), por carecer –según el razonamiento de las mismas- de una norma básica de cobertura que habilite a tal carácter restringido de aquellos, como excepción a la regla general –también con carácter de norma básica- de que el acceso al empleo público debe articularse bajo el principio de libre concurrencia.

#### **IV.- BIBLIOGRAFÍA**

BERMUDEZ PALOMAR, Valeriano. “La laboralización de la función pública local y el Estatuto Básico del Empleado Público: La ruptura del Modelo constitucional de empleo público”. *El Consultor de los Ayuntamientos*, nº 23/2010. Págs. 3353 a 3374.

---

supondrá, en el futuro, una nueva fuente de inseguridad jurídica y se plantearán procesos en donde la fecha de referencia no será la estatal sino la de la entrada en vigor de la ley autonómica, tal como ya sucedía hasta el momento presente.

<sup>24</sup> Por todas, *vid.* la destacada STC 27/1991 de 14 de febrero sobre pruebas restringidas para el acceso a la función pública.

D'ANJOU ANDRÉS, Gloria. "El personal laboral indefinido en el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7 /2007, de 12 de abril)". *El Consultor de los Ayuntamientos. Nº 22/2010. Págs. 3230 a 3244.*

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B."Aproximación crítica al nuevo Estatuto Básico del Empleado Público", *Actualidad Administrativa. Nº 16.2007. pág. 1943-1956.*

SOSPEDRA NAVAS, Francisco. "Tipos de empleados públicos". *Cuaderno de derecho local. Nº 1.2009. págs. 24-41.*

Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional