

**LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS ESPECIALES,
LÍMITES Y ALCANCE EN EL ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LAS
CORPORACIONES LOCALES.**

**ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES
HABILITADOS NACIONALES (FLHN)**

Manuel RAMAL MATA

Secretario-Interventor del Ayuntamiento de Vallromanes

Trabajo de evaluación presentado al Curso monográfico de estudios superiores: El proceso electoral, gobierno local en funciones y reorganización de las corporaciones locales (2º ed.). CEMCI, Granada, abril-mayo de 2015.

SUMARIO:

- 1.- Introducción
- 2.- La participación política como derecho fundamental
- 3.- El estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales
- 4.- La situación administrativa de servicios especiales
- 5.- Regulación legal de los funcionarios locales con habilitación nacional.
- 6.- Límites a la consolidación de la carrera administrativa y a la promoción profesional.
- 7.- Acceso, permanencia y ejercicio del cargo: “ius in officium” y “ius ad officium”.
- 8.- La garantía de la carrera profesional del FLHN, en el acceso y durante la permanencia en el cargo electo.
- 9.- La situación de servicios especiales como derecho laboral y/o estatutario del FLHN.
- 10.- Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

El ejercicio de responsabilidades públicas locales puede ser desempeñado bajo distintas modalidades de dedicación, sustanciándose su regulación, básicamente en el artículo 75 de la LRBR y el artículo 13 del ROF. El número y cuantía de las dedicaciones exclusivas de los miembros de la Corporación ha experimentado una importante modificación tras la aprobación de la LRSAL dando cumplimiento al objetivo establecido por el legislador de imponer una serie de limitaciones a la atribución de dedicaciones y a la cuantía de las mismas en función del parámetro poblacional, a través de introducción de dos nuevos preceptos, artículos 75 bis, reguladores respectivamente, de régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales y del personal al servicio de las Entidades Locales, y la limitación en el número de dedicaciones exclusivas. La modificación introducida dispone que serán los Presupuestos Generales del Estado los que determinen, anualmente, el límite máximo total que pueden percibir los miembros de las Corporaciones Locales por todos los conceptos retributivos y asistencias, excluidos los trienios a los que en su caso tengan derecho aquellos funcionarios de carrera que se encuentren en situación de servicios especiales.

Lo anteriormente expuesto está referido a los derechos económicos básicos del funcionario local en situación de servicios especiales, cuyos efectos serán ampliados y matizados en los próximos apartados de este trabajo. Igualmente, es el principal objeto de este trabajo el análisis de los derechos a la carrera profesional y sus efectos en relación al tiempo que dicho funcionario (FLHN) se encuentre en la situación administrativa de servicios especiales, un trabajo que intenta establecer el límite y alcance de estos derechos en relación con la garantía del derecho de participación política, como derecho fundamental, y en concreto cómo se debe integrar en el Estatuto de los Miembros de las Corporaciones Locales. Para ello se analizarán, no solo las normas legales que lo amparan, sino también la Jurisprudencia Constitucional que lo ha ido extendiendo y configurando, como un derecho típico de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio, y todo ello contrastado con los criterios e interpretaciones normativas de la propia Dirección General de la Función Pública.

2. LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

El artículo 23 de la CE presenta un contenido complejo que, en realidad, recoge tres derechos autónomos:

- El derecho a la participación política directamente o a través de representantes (23.1 CE);
- El derecho de acceso a cargos públicos en condiciones de igualdad (23.2 CE); el cual según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desdobra en el derecho de acceso a cargos públicos representativos, y

- El derecho de acceso a la función pública (conforme a los principios invocados en el artículo 103.3 CE)

Nuestro constituyente, basándose en los documentos de Naciones Unidas, proclamó un genérico derecho de participación política que se completa directamente con los artículos 68.1 y 69.2 de la CE, y el artículo 23.1 CE, que conecta de forma estrecha con la proclamación realizada en el artículo 1.1 CE: “*España se constituye en un Estado social y democrático de derecho*”. Así pues, la participación entendida como derecho ofrece la vertiente individual indispensable del Estado democrático. Esta proclamación se refuerza cuando se afirma que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado.

Abundando en esta línea argumental, el artículo 9.2 CE encomienda a los poderes públicos fomentar entre otras, la participación política. Porque se trata de un derecho de participación política, no de una participación de cualquier otra naturaleza en asuntos públicos (STC 51/1984, de 25 de abril). Así, mediante esta participación el ciudadano contribuye a la formación democrática de la voluntad estatal, y ésta se produce directamente a través de la elección de representantes que forman los órganos en donde ésa se expresa. La representación política se convierte en el eje de la estructura democrática del Estado y en el verdadero mecanismo a través del cual se legitima el funcionamiento de las principales instituciones en cada esfera territorial: Cortes Generales (66.1, 68.1 y 69.2 CE) parlamentos autónomos (143, 151 y 152 CE), municipios (140 CE) y diputaciones provinciales (141.2 CE).

El Tribunal Constitucional ha precisado que la titularidad del derecho corresponde en exclusiva a las personas y no la ha reconocido ni siquiera a los partidos políticos a pesar de que estos sean considerados instrumentos fundamentales de la participación política (artículo 6 CE).

El artículo 23.2 CE consagra la dimensión pasiva del derecho de participación política, enunciando el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Esta referencia a “*los requisitos que señalen las leyes*” ha servido al Tribunal Constitucional para reiterar hasta la saciedad que éste es un derecho típico de configuración legal, sin la cual no es factible su ejercicio, y distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo. En cada uno de ellos se ejercen derechos diversos, facultades concretas, al amparo de dicho artículo 23.2 CE.

A este contenido explícito del precepto ha anudado nuestra jurisprudencia un contenido implícito cual es, en primer lugar el derecho a permanecer, en condiciones de igualdad y con los requisitos que señalen las leyes, en los cargos o funciones públicas a los que se accedió (STC 5/1985, de 4 de febrero), no pudiendo ser removido de los mismos si no es por causas y de acuerdo con procedimientos legalmente establecidos (STC 10/1985, de 21 de febrero) y además, se ha declarado el derecho al ejercicio o

desempeño del cargo público representativo conforme a lo previsto en las leyes (STC 32/1985, de 6 de marzo). Cualquiera de las dimensiones que se han identificado como integrantes del derecho de participación política reconocido en el artículo 23.2 CE <<de acceso, permanencia y ejercicio>> está delimitada, con arreglo al propio precepto constitucional, por la necesidad de llevarse a cabo en condiciones de igualdad y de acuerdo con los requisitos que señalen las leyes (STC 298/2006, de 23 de octubre).

El primer momento, el de acceso, se ejerce el sufragio pasivo (68.5 CE y SSTC 60/1987, de 201 de mayo y 84/2003, de 8 de mayo) que viene estrictamente ligado al sufragio activo pues ambos sirven al mismo y jurídico fin, es decir, a la representación, aunque sean autónomos y perfectamente distinguibles. La Constitución reclama igualdad en el acceso y, por lo tanto, en el sufragio pasivo. En este sentido son determinantes las causas de inelegibilidad y de incompatibilidad establecidas en la Constitución (70.1 CE) y precisadas en la LOREG.

Segundo momento es el de permanencia en el cargo representativo, así no solo se tiene derecho a acceder, sino también a permanecer. Quien ha sido elegido por los electores no puede ser despojado de su cargo, pues tiene derecho a permanecer en él durante el tiempo constitucionalmente previsto para la duración de su mandato (68.4 y 69.6 CE).

En tercer lugar, y con la misma lógica que opera respecto a los momentos anteriores, el derecho de acceso a cargo público representativo ha de contener también un “*ius in officium*”, es decir, un conjunto de facultades que identifican la labor del representante y que junto con el derecho de permanecer, forman el estatuto parlamentario (STC 37/1985, de 8 de mayo y 36/1990, de 28 de febrero, STC 208/2003, STC 141/2007, STC 74/2009 y 246/2012 de 20 de diciembre).

Dichas facultades son derechos fundamentales de los representantes y atribuciones de un órgano, que han sido desglosadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Todas ellas se integran en el “*ius in officium*” y conforman el bloque de las funciones parlamentarias, configuradas en los reglamentos, sin cuyo ejercicio resultaría imposible el ejercicio del propio derecho del representante político e indirectamente tampoco el ejercicio del derecho de participación política de los ciudadanos.

3. ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DE LAS CORPORACIONES LOCALES

En el ámbito local y para garantizar el ejercicio de las funciones que integran o puedan integrar el “*ius in officium*”, el legislador ha dotado a los miembros de las Corporaciones Locales de un conjunto de derechos que conforman el Estatuto de los miembros de las Corporaciones, distinguiendo, en razón de su naturaleza entre derechos corporativos, derechos económicos y derechos laborales, así como de los correlativos deberes, inherentes al correcto desempeño de las responsabilidades públicas.

En este sentido, el artículo 73.2 de LRBRL dice que los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquel.

El artículo 74 LRBRL dispone que los miembros de las Corporaciones Locales quedan en situación de servicios especiales en los siguientes supuestos: cuando sean funcionarios de la propia Corporación para la que han sido elegidos o cuando sean funcionarios de carrera de otras Administraciones Públicas y desempeñen en la Corporación para la que han sido elegidos un cargo retribuido y de dedicación exclusiva. En el supuesto de que sean funcionarios de la propia Corporación, el pase a la situación de servicios especiales será automática, sin necesidad de que, el ejercicio del cargo, esté vinculado con la dedicación exclusiva o parcial del funcionario, pues tratándose de una situación de incompatibilidad, se infiere la opción a favor del desempeño del cargo de Concejal frente a la de funcionario en activo.

En este mismo sentido el artículo 178.2 b) y 178.4 de la LOREG dicen que cuando la causa de incompatibilidad con la condición de concejal sea la de ser funcionario en activo del respectivo ayuntamiento y/o de las entidades y establecimientos de él dependientes, el funcionario que optará por el cargo de concejal pasará a la situación de servicios especiales.

También la propia Ley 53/84 de Incompatibilidades de los Empleados de las Administraciones Públicas en su artículo 5.1 b) dice que es incompatible la actividad de funcionario público con la de ser miembro electo de la Corporación Local con cargo retribuido y dedicación exclusiva.

Así pues, la situación administrativa de servicios especiales y sus efectos cabe analizarlos en su doble vertiente jurídica:

A.- Como prerrogativa y/o garantía para ejercer el cargo público en condiciones de igualdad, integrando lo que se conoce como núcleo indisponible del derecho, y por tanto, que ni el legislador estatal, autonómico, y mucho menos el ordenamiento local pueden afectar a su integridad.

B.- Como derechos vinculados a la situación funcional y estatutaria previa del cargo electo, cuya protección es necesaria, evitando que modificaciones de sus condiciones laborales pueda suponer un menoscabo en el Derecho a su carrera profesional.

4. LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS ESPECIALES

La situación de servicios especiales, creada por la reforma del año 1984, ha ido evolucionando en la línea de ampliar la cobertura de supuestos que, por razones de interés público se refieren mayormente a dos ámbitos:

- El de los supuestos que posibilitan y favorecen el desempeño de actividades políticas en sentido amplio de los tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial, además de diferentes órganos constitucionales y autonómicos asimilables;
- El segundo ámbito: aquellos supuestos de perfil más profesional, donde gana peso el factor confianza.

Esta evolución culminó con la aprobación en el año 2007 del Estatuto Básico del Empleado Público. El Informe elaborado por la Comisión de estudio explica así esta evolución y advierte sobre el peligro de desnaturalizar esta situación administrativa: *“La situación de servicios especiales ha tenido tradicionalmente su causa en el ejercicio de cargos políticos de naturaleza o confianza política, bien sean de carácter electivo o por designación, y en el empeño de puestos relevantes en organismos internacionales y órganos constitucionales.*

La especial entidad de estos cargos, así como su índole temporal, recomiendan dotar a los interesados de la garantía de poder reintegrarse al término de su mandato o ejercicio a su puesto, plaza o destino de origen, sin merma alguna de sus derechos”.

El pase a la situación administrativa de servicios especiales se regirá, pues, con carácter básico por lo dispuesto en el artículo 87 del EBEB que define la situación en que se encuentran los funcionarios de carrera cuando son designados a cargos electos con dedicación exclusiva en alguna Administración Pública.

La situación de servicios especiales, es considerada tradicionalmente como un privilegio, puesto que tiene para sus titulares los siguientes efectos:

A.- En relación con las **retribuciones**, dichos funcionarios percibirán las del cargo nuevo que desempeñen y no las que les correspondan como funcionarios de carrera. Y en relación con el anterior puesto conservan el derecho a percibir los trienios que tengan reconocidos en cada momento.

B.- En relación con el **cómputo del tiempo** que permanezcan en dicha situación, se les tendrá en cuenta a efectos de ascensos, reconocimiento de trienios, promoción interna y demás derechos en el régimen de Seguridad Social.

C.- En relación con el **reingreso al servicio activo**, conlleva reserva de plaza, en la misma localidad, en las mismas condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalafón de la carrera consolidados, en el mínimo que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

D.- En relación a la **carrera profesional**, las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de esos funcionarios.

Efectivamente el apartado tres de este artículo 87 establece las condiciones del reingreso al servicio activo de quienes se encuentren en situación de servicios especiales, garantizando que se produzca en la misma localidad, y en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan, así como los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación.

A continuación establece, como criterio general a seguir, que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, señalando que, como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

Como vemos estos criterios generales necesitan de una adaptación a las circunstancias de cada subescala funcional y de cada Administración Pública. Y en este aspecto, los funcionarios con habilitación nacional tienen una peculiaridad poco común, la de ser funcionarios de la administración local, pero con un sistema de provisión y movilidad a nivel nacional de competencia estatal, lo que dificulta la aplicación de los mismos criterios de carrera profesional y promoción de otros colectivos funcionariales.

5. REGULACIÓN LEGAL DE LOS FUNCIONARIOS LOCALES CON HABILITACIÓN NACIONAL.

El artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), introducido por el número veinticinco del artículo primero de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), dice que:

“El Gobierno, mediante Real Decreto, regulará las especialidades correspondientes de la forma de provisión de puestos reservados a funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional. En todo caso, el concurso será el sistema normal de provisión de puestos de trabajo. El ámbito territorial de los concursos será de carácter estatal

Los méritos generales, de preceptiva valoración, se determinarán por la Administración del Estado, y su puntuación alcanzará un mínimo del 80% del total posible conforme al baremo correspondiente. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Comunidad Autónoma se fijarán por cada una de ellas y su puntuación podrá alcanzar hasta un 15% del total posible. Los méritos correspondientes a las especialidades de la Corporación local se fijarán por ésta, y su puntuación alcanzará hasta un 5% del total posible.”

La Disposición transitoria séptima de la LRSAL, establece un régimen transitorio de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional, señalando que: *“En tanto no entre en vigor el Reglamento previsto en el artículo 92 bis de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, y en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en esta Ley, mantiene su vigencia la normativa reglamentaria referida a los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación del citado artículo.”*

Por tanto, la vigencia normativa reglamentaria referida a los FLHN viene configurada con carácter transitorio y en todo lo que no sea contrario al EBEP y a la LRBR, por lo dispuesto en el Real decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con habilitación de carácter nacional; en el Real Decreto 1732/1994 de 29 de julio, de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional; y en la Orden del Ministerio para las Administraciones Públicas de 10 de agosto de 1994, por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación nacional.

La fórmula utilizada por la Dirección General de la Función Pública para declarar en situación administrativa de servicios especiales a FLHN se puede concretar genéricamente en la siguiente expresión: *“el tiempo que permanezca dicho funcionario en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”.*

Es importante su transcripción literal, porque de su interpretación y análisis podremos definir los efectos que produce y cómo estos pueden afectar al contenido del *“ius ad officium”* y al *“ius in officium”* de aquellos miembros electos de corporaciones locales en tal situación, sobre todo teniendo en cuenta lo prescrito en el apartado 3 del artículo 87 del EBEP cuando dice que: *“las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de estos funcionarios”*

En resoluciones recientes de la propia Dirección General, se puede constatar que la valoración de los *“servicios prestados”*, se condiciona a que éstos lo sean en la situación de servicios en activo ocupando puestos reservados a la propia subescala de funcionarios con habilitación nacional, por tanto, la contundencia de estos preceptos contrasta con este criterio que viene utilizando la Dirección General de la Función

Pública a la hora de evaluar los servicios prestados en la situación administrativa de servicios especiales, pues la diferente forma de ponderar y computar este tiempo, en relación al servicio activo, discrimina y afecta negativamente al baremo general de méritos acumulados por estos funcionarios, a efectos de promoción profesional.

La Dirección General viene, así, a considerar que el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no se puede computar como servicio activo en el puesto de origen sino como servicios prestados en otra administración pública, motivo por el cual se produce una diferencia negativa importante respecto a la ponderación de los méritos generales, e indirectamente, a la promoción profesional de estos funcionarios.

Forma parte de este estudio analizar si el mantenimiento de esta situación en el tiempo puede significar, para el cargo público, un claro perjuicio o menoscabo de su carrera profesional, ya que, al no ser ponderados del mismo modo los servicios prestados por estos funcionarios, lo cierto es que la puntuación de méritos generales de éste se va distanciando cada vez más de la puntuación de méritos acumulada por sus compañeros de promoción, en clara desventaja, pues con un baremo superior de méritos acceden a mejor plaza en relación con las vacantes de los diferentes sistemas de provisión de puestos.

6. LÍMITES A LA CONSOLIDACIÓN DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA Y A LA PROMOCIÓN PROFESIONAL.

El artículo 1, de la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994, señala que los “Servicios prestados”, se valorarán por los servicios efectivos, hasta un máximo de 6 puntos, a razón de 0,03 puntos por mes de servicios en activo ocupando puestos reservados a la propia subescala de funcionarios con habilitación nacional, o de 0,02 Puntos/mes por servicios en activo ocupando puestos reservados a subescalas de funcionarios con habilitación nacional diferentes a aquella en que se concursa. Así mismo esta valoración de los servicios prestados se incrementará, por razón de permanencia continuada en el mismo puesto de trabajo reservado a funcionario con habilitación de carácter nacional, que se esté desempeñando a la fecha de la resolución de publicación de la convocatoria conjunta de concurso, con arreglo a una escala, pudiendo obtener hasta 1,50 puntos por 6 o más años de permanencia.

Considera la Dirección General que en los concursos de traslados el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no puede computarse como servicios en activo, en el apartado A (A.1.a y A.1.b.), y que sí se computan como servicios efectivos, pero distintos del servicio activo, en el apartado E) Antigüedad. Considera que debe tenerse en cuenta, en este sentido, que en el apartado E) Antigüedad, del citado artículo 1 de dicha Orden Ministerial, en el último párrafo, se dispone que no se tendrán

en cuenta en dicho apartado servicios que hubieran sido tenidos en cuenta a los efectos de la letra A de dicho artículo. Es decir, los méritos que se reconocen y computan en dicho apartado E), son méritos por servicios efectivos prestados, si bien de una clase distinta a los servicios activos, sin que puedan computarse de forma independiente a los méritos por servicios prestados. De tal forma, que los servicios prestados deben computarse, o bien en el apartado A, correspondiente a los servicios activos, o bien en el apartado E) Antigüedad, según corresponda, pero no en ambos apartados simultáneamente.

Así pues, según interpretación y criterio de la Dirección General para que los servicios puedan ser computados en el apartado A.1.a), y por tanto se pueda incrementar la puntuación de la permanencia continuada en el apartado A.3, los servicios se deben prestar en situación de activo en Corporaciones Locales, o en servicios en Comunidades Autónomas, y en todo caso, se deben haber prestado en puestos reservados a las subescalas de funcionarios con habilitación de carácter nacional, no siendo suficiente que los servicios se hubieran prestado en puestos que tengan asignadas funciones similares a los de los reservados a dichos funcionarios.

Considera también que en la Orden de 10 de agosto de 1994 se valoran todos los servicios prestados por los funcionarios. La distinción que se establece entre los prestados en servicio activo y los prestados en situación distinta, se establece de forma general y únicamente en orden a valorar la experiencia en el desempeño del puesto, la cual solamente puede alzarse con el desempeño efectivo del mismo, y que evidentemente, y por diferentes circunstancias, no reunirán todos los funcionarios que participen en el concurso, sin que ello, no obstante, pueda considerarse como causa de menoscabo del derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos, en los términos establecidos en el artículo 87.3 del EBEP, ni supone vulneración del derecho fundamental a la igualdad, y justifica la no discriminación en la carrera profesional en el hecho de que, el tiempo de permanencia en la situación de servicios especiales es igualmente tenido en cuenta en otros ámbitos de la promoción del funcionario, como puede ser los dos años de carencia para participar y promocionar a una categoría superior, y también a efectos de trienios y derechos pasivos. Pero lo que sucede es que, superada la fase de oposición del concurso, se utiliza el mismo expediente de méritos generales reconocidos a los funcionarios para asignar las plazas definitivas, que es el mismo expediente de méritos utilizado en los concursos de provisión de vacantes, y que también se trata de promoción profesional reconocida por el EBEP, por lo que en cada momento de promoción o provisión de vacante, la carrera profesional se verá negativamente afectada.

7. ACCESO, PERMANENCIA Y EJERCICIO DEL CARGO: “IUS IN OFFICIUM” Y “IUS AD OFFICIUM”.

Ya hemos visto que se trata de un derecho típico de configuración legal, y sin dicha configuración legal no es factible su ejercicio. Distingue tres momentos que consagran una triple dimensión del derecho: acceso, permanencia y ejercicio del cargo.

El artículo 23.2 CE funciona así como una garantía añadida al derecho fundamental de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE (STC 39/2008, de 10 de marzo) y por eso el contenido del derecho ha sido ampliado más allá del acceso, al derecho de permanencia en el cargo, es decir, el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones ilegítimas, sin el cual el derecho de acceso se convertiría en una garantía meramente formal. De este modo, en la STC 5/1983, de 4 de febrero, se afirma que “el derecho a acceder a los cargos públicos comprende también el derecho de permanecer en los mismos porque de otro modo el derecho fundamental quedaría vacío de contenido”. De acuerdo con esta línea, el contenido del derecho proclamado en el artículo 23.2 CE queda concretado en dos grandes núcleos.

Por una parte el “*ius ad officium*” según terminología utilizada por el ITC 942/1985, de 18 de noviembre, que incluye también el derecho a concurrir en las diferentes fases que determinan la entrada efectiva al cargo, esto es tanto la accesibilidad así como, una vez superadas estas fases, el derecho subjetivo a ocuparlo.

El segundo lo conforma el llamado “*ius in officium*”, denominación dada por la STC 161/1988, de 20 de septiembre, que abraza el derecho a permanecer en el cargo sin perturbaciones ilegítimas. Las funciones del representante como garantía del derecho de participación de los ciudadanos “va unida al mandato libre” (STC 10/1983, de 21 de febrero, en la cual se señala también que “una vez creados por las normas legales derechos y facultades, propias del cargo, éstos quedan integrados en el estatus propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23,2 CE, defender ante los órganos judiciales el “*ius in officium*”. Este derecho de permanencia en el cargo, comprende el derecho a no ser removido si no es por causas y por los procedimientos establecidos, contenido que determina la protección del precepto ante remociones ilegítimas (STC 136/1989, de 19 de julio). El Tribunal, en STC 32/1985, de 6 de marzo, completó esta ampliación incorporando un nuevo contenido al art. 32.2: la permanencia en el cargo comporta la posibilidad de ejercerlo de acuerdo con las previsiones legales.

La construcción jurisprudencial del “*ius in officium*” permite enjuiciar las infracciones de los actos y reglamentos que comporten una violación de normas o principios constitucionales; es decir, solo cuando hay una vulneración de la Constitución es posible exceptuar el principio general de autonomía parlamentaria. La sentencia pionera STC 32/1985, de 6 de marzo, afirma que la invocación del artículo 23.2 CE exige que la decisión impugnada vacíe de contenido la función que ha de

desempeñar el representante, o sea la estorbe o dificulte mediante obstáculos artificiales, o se coloque a ciertos representantes condiciones inferiores en otros. La Constitución veta la privación o perturbación al representante político de la práctica de su cargo, introduciendo obstáculos que puedan colocar a unos representantes condiciones de inferioridad respecto de otros. (STC 141/2007, de 18 de junio, STC 39/2008, de 10 de marzo)

Toda esta jurisprudencia se puede hacer extensiva al resto de cargos públicos representativos incluidos en el artículo 23.2 CE, como los concejales y los diputados provinciales. La única diferencia es que las decisiones de los órganos de gobierno de las corporaciones locales tienen, por definición, carácter de actos administrativos y, en consecuencia, se encuentran sometidos al control de la jurisdicción contenciosa administrativa. Por eso, el recurso eventual de amparo no se canaliza por la vía del artículo 42 LOTC, sino por la vía del artículo 43 LOTC, que exige agotar la vía judicial precedente.

El principio de igualdad en la vertiente del “*ius in officium*” también actúa como presupuesto y límite en el ejercicio del derecho, e impide que se configuren situaciones que provoquen inferioridad de unos representantes frente de otros con respecto a los derechos de participación que tienen conferidos.

8. LA GARANTÍA DE LA CARRERA PROFESIONAL DEL FLHN, EN EL ACCESO Y DURANTE LA PERMANENCIA EN EL CARGO ELECTO.

Como ya se ha señalado anteriormente reconoce la Ley 30/84, de 2 de agosto que “el tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”, igualmente el artículo 87.3 del EBEP dice que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de estos funcionarios en su condición de cargos electos.

En aplicación del principio de jerarquía normativa, cabe afirmar de forma rotunda que la Orden de 10 de agosto de 1994 nunca podrá ser contraria a estas Leyes, normas de superior rango, y que tanto dicha Orden como las sucesivas bases de las convocatorias de los concursos de promoción profesional deberían prever expresamente el cómputo del tiempo prestado en situación de servicios especiales a efectos de mérito, y además tendrían que hacerlo de forma no discriminatoria, de tal manera que tanto el acceso al cargo como su prolongación en el tiempo (*ius ad officium*) no suponga para el funcionario en situación de servicios especiales una desventaja, en su momento, para acceder a mejor plaza, en relación con las vacantes de los diferentes sistemas de provisión de puestos de las distintas convocatorias para FLHN.

Para evitar un menoscabo y/o situaciones discriminatorias respecto a los cargos públicos electos en situación de servicios especiales, el computo de este tiempo a efectos de servicios prestados se debe hacer considerando que se producen o traen causa

de la Administración de origen y no basándose en la ficción de que dicho funcionario se encuentra en otra Administración Pública, que en el caso de electos locales es evidente que se trata de la Administración Local, y que incluso pudiera darse la casuística de que se tratará de su propio Ayuntamiento empleador. Por tanto debería ocurrir que a efectos de mérito y promoción no se produjera discriminación alguna entre aquel funcionario en servicios especiales y el funcionario en activo, respecto al cómputo de los servicios prestados, por tratarse en ambos casos de servicio efectivo prestado.

El artículo 86 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), nos dice qué se entiende por la situación administrativa de Servicio activo, señalando que “Se hallarán en situación de servicio activo quienes, conforme a la normativa de función pública dictada en desarrollo del presente Estatuto, presten servicios en su condición de funcionarios públicos cualquiera que sea la Administración u Organismo Público o entidad en el que se encuentren destinados y no les corresponda quedar en otra situación.”

Así pues, tal como se desprende del anterior precepto: el FLHN en situación de servicios especiales, por motivo de su condición de cargo electo local, es aquel funcionario, que conforme a la normativa legal, presta sus servicios efectivos, en la corporación para la que ha sido elegido. Situación administrativa que le corresponde en aplicación de las normas de incompatibilidad.

Respecto al derecho de promoción y a la carrera profesional, hay que señalar que el artículo 14 del EBEP incluye entre los derechos individuales de los empleados públicos en correspondencia con la naturaleza Jurídica de su relación de servicio, la progresión en la carrera profesional y promoción interna según principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad mediante la implantación de sistemas objetivos y transparentes de evaluación.

El artículo 16, dispone que los funcionarios de carrera tendrán derecho a la promoción profesional, entendiéndose por tal el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

El concepto de carrera administrativa hace referencia a la promoción de los funcionarios, entendida ésta en sentido amplio, dentro de los niveles jerárquicos existentes en la organización administrativa.

Dentro de una Administración, la carrera administrativa viene configurada y caracterizada por la existencia, en el seno de la misma, de mecanismos que permitan al funcionario:

- 1º.- Poder cambiar de puesto de trabajo (Sistema de provisión de puestos)
- 2º.- Poder promocionar profesionalmente y consolidar estatus adquirido.

3º.- Poder cambiar de cuerpo o escala, bien dentro de los de su mismo grupo de titulación, bien a los del grupo de titulación superior (Promoción interna horizontal o vertical).

Así pues, como vemos, para la valoración de los “servicios prestados”, sólo se tienen en cuenta los servicios en activo desempeñando puestos reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional, no computándose por tanto el tiempo transcurrido en otras situaciones administrativas, como la de servicios especiales que, según el artículo 87 del EBEP, es en la que se encuentran los funcionarios de carrera cuando son designados cargos electos con dedicación exclusiva en alguna Administración Pública.

Efectivamente el apartado tres de este artículo 87 del EBEP establece las condiciones del reingreso a su puesto de trabajo de quienes se encuentren en situación de servicios especiales, garantizando que se produzca en la misma localidad, en las condiciones y con las retribuciones correspondientes a la categoría, nivel o escalón de la carrera consolidados, de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan, así como los derechos que cada Administración Pública pueda establecer en función del cargo que haya originado el pase a la mencionada situación.

A continuación establece, como criterio general a seguir, que las Administraciones Públicas velarán para que no haya menoscabo en el derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos que hayan sido nombrados altos cargos, señalando que, como mínimo, estos funcionarios recibirán el mismo tratamiento en la consolidación del grado y conjunto de complementos que el que se establezca para quienes hayan sido Directores Generales y otros cargos superiores de la correspondiente Administración Pública.

Está claro que atendida la peculiaridad de los sistemas de provisión de puestos, movilidad y de promoción profesional de los funcionarios con habilitación nacional que ya hemos comentado anteriormente, en ocasiones resulta complicado aplicar el mismo régimen del resto de empleados públicos, pues la mejora profesional no se realiza dentro de la misma Administración pública sino a través de la movilidad entre entidades mediante los sistemas de provisión establecidos, que permiten que el funcionario pueda acceder a otros puestos donde pueda tener expectativas de mejorar profesionalmente.

Es en este orden de cosas resulta fundamental e innegable que la incidencia de los servicios prestados en activo respecto a la carrera profesional, mantienen un importante peso específico en el baremo general de méritos, inversamente proporcional en sentido contrario, en relación con la evaluación que la Dirección General hace del tiempo transcurrido en situación de servicios especiales, no dándole la relevancia efectiva que debería tener, ya que en otras muchas ocasiones no se aplica de forma estricta el orden del escalafón, sino que entran en juego los méritos autonómicos y los baremos específicos Municipales donde se valoran otros méritos que a veces poco o

nada tienen que ver con la experiencia acumulada o la formación o preparación técnica del funcionario, y sobre todo en los supuestos de libre designación que afectan a los puestos de mayor categoría, donde la discrecionalidad es casi absoluta, haciendo, si cabe, todavía más patente la discriminación denunciada, este sistema que se viene aplicando resulta incompatible con la expresión de carrera consolidada del funcionario en situación de servicios especiales utilizada por el EBEP.

9. LA SITUACIÓN DE SERVICIOS ESPECIALES COMO DERECHO LABORAL Y/O ESTATUTARIO DEL FLHN.

Los miembros de las Corporaciones Locales tienen reconocidos una serie de derechos vinculados a su situación laboral y/o estatutaria, en función del desempeño de sus cargos con o sin dedicación exclusiva, que determinarán su pase a una u otra situación administrativa. La finalidad de los mismos obedece a la necesidad de dotar de protección el ejercicio de sus derechos. Evitando que una modificación en sus condiciones laborales pueda suponer un obstáculo o dificultades añadidas para su correcto desarrollo.

En esta materia debemos diferenciar en función de que nos encontremos ante un miembro de la Corporación Local que tenga la condición de funcionario, y en cuyo caso a su vez se condicionará a su régimen de dedicación, o que sea personal laboral ajeno a la administración.

Ya hemos visto el carácter bifronte que presenta la situación administrativa de servicios especiales, la cual, además de configurarse como derecho del cargo electo, es fundamentalmente un derecho laboral del funcionario de carrera que le permite ejercer los derechos representativos del artículo 23.2 CE sin merma alguna de sus derechos profesionales, evitando, de esta forma que, modificaciones de sus condiciones laborales, pueda suponer un menoscabo en el Derecho a su carrera, que como ya hemos argumentado, supondría una perturbación ilegítima en el acceso y la permanencia en el cargo público.

10. CONCLUSIONES:

Durante más de tres décadas de jurisprudencia constitucional, se ha consolidado una línea jurídica argumental basada en múltiples situaciones concretas llegadas mayoritariamente de la casuística producida por centenares de recursos de amparo, que ponderaban intereses en conflicto y limitaban, en ocasiones, determinadas arbitrariedades del poder inadmisibles en un estado de democrático.

A lo largo de estos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha realizado una interpretación constructiva y definitoria del derecho fundamental de participación

política, un derecho que, aunque recibe la denominación de derecho de configuración legal, se ha convertido en un derecho de construcción jurisprudencial. No ha sido la Ley, o no solo la ley, la que ha concretado y desarrollado el contenido del derecho, sino el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.

La fórmula utilizada por la Dirección General de la Función Pública para declarar en situación administrativa de servicios especiales a FLHN se puede concretar genéricamente en la siguiente expresión:

“El tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”.

Su contenido es determinante para formar la voluntad de acceso al cargo público, y en esa confianza, su titular se mantiene en el tiempo, por considerar que tal situación no afecta de forma negativa a la carrera profesional del mismo.

Considera la Dirección General que en los concursos de traslados el tiempo transcurrido en la situación de servicios especiales no puede computarse como servicios en activo, en el apartado A (A.1.a y A.1.b.), y que sí se computan como servicios efectivos, pero distintos del servicio activo, en el apartado E) Antigüedad, cosa que supone una diferencia de puntuación importante. Considera que debe tenerse en cuenta, en este sentido, que en el apartado E) Antigüedad, del citado artículo 1 de dicha Orden Ministerial, en el último párrafo, se dispone que no se tendrán en cuenta en dicho apartado servicios que hubieran sido tenidos en cuenta a los efectos de la letra A de dicho artículo. Es decir, los méritos que se reconocen y computan en dicho apartado E), son méritos por servicios efectivos prestados, si bien de una clase distinta a los servicios activos, sin que puedan computarse de forma independiente a los méritos por servicios prestados. De tal forma, que los servicios prestados deben computarse, o bien en el apartado A, correspondiente a los servicios activos, o bien en el apartado E) Antigüedad, según corresponda, pero no en ambos apartados simultáneamente.

Considera también que en la Orden de 10 de agosto de 1994 se valoran todos los servicios prestados por los funcionarios. La distinción que se establece entre los prestados en servicio activo y los prestados en situación distinta, se establece de forma general y únicamente en orden a valorar la experiencia en el desempeño del puesto, la cual solamente puede alzarse con el desempeño efectivo del mismo, y que evidentemente, y por diferentes circunstancias, no reunirán todos los funcionarios que participen en el concurso, sin que ello, no obstante, pueda considerarse como causa de menoscabo del derecho a la carrera profesional de los funcionarios públicos, en los términos establecidos en el artículo 87.3 del EBEP.

No obstante, el computo de este tiempo, a efectos de servicios prestados, se debe establecer considerando que se produce o que trae causa de la Administración de origen, y no basándose en la ficción de que dicho funcionario se encuentra en otra Administración Pública, que en el caso de electos locales es evidente que se trata de la

Administración Local, y que incluso pudiera darse la casuística de que se tratará de su propio Ayuntamiento empleador. Por tanto debería ocurrir que a efecto de mérito y promoción no se produjera discriminación alguna entre aquel funcionario en servicios especiales y el funcionario en activo, respecto al cómputo de los servicios prestados, por tratarse en ambos casos de servicio efectivo prestado.

Tal es así que, tras el reingreso a su puesto de funcionario, el FLHN que intente participar en los concursos de promoción profesional o de provisión de vacantes, comprobará cómo es superado en puntuación por otros compañeros de promoción (en situación de homologación de condiciones) como consecuencia de que la Dirección General de la Función Pública puntúa de forma discriminatoria la situación de servicios especiales, en contra del contenido de sus propias Resoluciones: <<**el tiempo que permanezca en el referido destino le será computado a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos**>> y no computa, de oficio, el tiempo transcurrido por el funcionario en esta situación a efectos de méritos generales como servicio efectivo, sino que lo valorará como tiempo prestado en otra Administración Pública, y únicamente a efectos de antigüedad.

Resulta pues que el electo local, en su doble condición de miembro de la Corporación y funcionario público, sufre un menoscabo en su carrera profesional al no serle reconocido de oficio como mérito, para su valoración en concurso de promoción profesional o de provisión de vacante, el tiempo dedicado a realizar las funciones representativas de cargo público, por considerarse que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida. Se le obliga así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y el cargo público, ya que solo reincorporándose a su puesto de funcionario podría optar a la aplicación de la evaluación de méritos generales del mismo modo en que se aplican al resto de compañeros de promoción. En definitiva el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Dirección General de la Función Pública debe considerarse lesivo del derecho fundamental de participación política y, de igualdad de acceso y de permanencia sin menoscabo del funcionario público, recogidas en el artículo 23,2 de la CE, puesto que por motivo del ejercicio del cargo de miembro electivo de la Corporación, se le da un trato diferente e injustificado en relación con el resto de funcionarios participantes en los respectivos concursos.

La interpretación que la Dirección General de la Función Pública hace de la Orden Ministerial de 10 de agosto de 1994 perturba y menoscaba el Estatuto Jurídico de los miembros de las Corporaciones Locales en el que se integra la situación de servicios especiales por cuanto afecta a sus derechos económicos y profesionales. Todo ello según se desprende de la configuración legal del derecho fundamental reconocido en el artículo 23.2 CE, en el sentido de que, corresponde a la Ley, fijar y ordenar los derechos y atribuciones que corresponden a los representantes políticos, de manera que, una vez creados, queden integrados en el status propio del cargo, con la consecuencia de

que podrán sus titulares, al amparo del artículo 23.2 CE, reclamar su protección cuando los consideren ilegítimamente constreñidos o ignorados por actos del poder público, incluidos los provenientes del propio órgano en que se integren (STC 208/2003, de 1 de diciembre, 141/2007, de 18 de julio, 169/2009, de 9 de julio, y 29/2011, de 14 de marzo)

Para mayor abundamiento y por tratarse de un supuesto paralelo, valga traer a colación la Sentencia pronunciada por el Tribunal Constitucional, STC 178/2008 y cuyo objeto de amparo es determinar si la resolución de la Junta de Extremadura por la que se deniega al recurrente el reconocimiento como experiencia profesional del periodo de tiempo en que actuó como liberado sindical, a efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de puesto de trabajo convocado, confirmada judicialmente sobre la base de que la falta de trabajo efectivo durante su liberación sindical resultaba incompatible con la adquisición de la experiencia que se valoraba en la convocatoria, ha vulnerado el derecho a la libertad sindical (artículo 28.1 CE) del recurrente, en relación con el derecho a la igualdad (artículo. 14 CE), y al que finalmente se le otorga el amparo por vulnerar el derecho del recurrente a la libertad sindical, restableciéndolo en su derecho, y en base a las siguientes consideraciones:

- *Debe apreciarse la vulneración del artículo 28.1 CE, pues el recurrente ha sufrido un menoscabo en su carrera profesional al no poder alegar como mérito, para su valoración en el concurso, el tiempo dedicado a realizar esas específicas funciones representativas (por haberse considerado que la falta de prestación efectiva de servicios es incompatible con la experiencia exigida). Se le obliga así, indirectamente, a escoger entre su carrera profesional y la actividad sindical ya que solo reincorporándose a su puesto de trabajo podría optar a la aplicación de las bases de la convocatoria del concurso relativas a la evaluación de méritos del mismo modo que se aplican al resto de trabajadores.*
- *En definitiva, el criterio del ejercicio efectivo de funciones utilizado por la Administración, y avalado judicialmente por las Sentencias impugnadas en amparo, debe considerarse lesivo de la garantía de indemnidad profesional y económica del recurrente, puesto que por motivo de su actividad sindical, se le ha dado un trato diferente e injustificado en relación con el resto de los trabajadores concursantes. Sacrificio que, contra lo sostenido por la Administración y los órganos judiciales, no encuentra justificación en la pretendida preservación de la eficacia administrativa, puesto que no aparece como una medida idónea, necesaria y, en definitiva, proporcionada para alcanzar el fin previsto.*

Por tanto, cabe concluir que, para poder apreciar la existencia de una vulneración de los derechos fundamentales de los representantes políticos contenidos en el artículo 23.2 será suficiente con que se haya producido una restricción ilegítima de

los derechos y facultades que les reconocen las normas que resulten de aplicación, normas que han sido expuestas extensamente en este trabajo, ya sea como prerrogativas del cargo público ya sea como garantías del funcionario, y que vienen a configurar junto con la jurisprudencia constitucional el derecho fundamental de participación política, el llamado “*ius in officium*” y “*ius ad officium*”.

11. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS ACUÑA, Concepción. *Curso monográfico de estudios superiores sobre Proceso Electoral, Gobierno Local en funciones y reorganización de las Corporaciones Locales*, del CEMCI, 2015.

CANOSA USERA, Raúl. *Sinopsis del artículo 23 de la Constitución Española* (Diciembre 2003) Actualizada por Ángeles González Escudero, Letrada de las Cortes Generales (Enero 2011)
<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=23&tipo=2>

GARCIA GARCIA, María Jesús. “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”. *Revista jurídica de Castilla y León*, 2008

MARTIN NÚÑEZ, Esther. “La garantía jurídica de la democracia como derecho fundamental”. *Revista catalana de dret públic*, 2008)

MORILLO-VELARDE PÉREZ, Ignacio. “Las situaciones administrativas”, *Estatuto Básico del empleado Público*, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007.

STC 178/2008, por la que se otorga amparo al recurrente frente a la resolución de la Junta de Extremadura por la que se deniega el reconocimiento como experiencia profesional del período de tiempo en que éste actuó como liberado sindical, a efectos de su cómputo como mérito en el concurso para la provisión de vacantes convocado.